



PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/156298>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

Arbitrage international et contrats d'Etat

A.V.M. Struycken

Introduction

1. Les Etats passent de nombreux contrats par l'intermédiaire de leurs organes compétents. Il s'agit de contrats de droit privé: fournitures, transport, entretien d'immeubles, assurances, services bancaires. Le plus souvent, ces contrats sont purement de droit interne; ils ne présentent aucun élément qui les rattache à un pays étranger. De ce fait, c'est le droit privé ou le droit administratif de l'Etat concerné qui s'applique.

Quelques-uns de ces contrats présentent un élément d'extranéité: importation de biens, de services, de capitaux. L'ambassade d'un Etat ne pourrait fonctionner sans que nombre de contrats soient passés. Ces contrats relèvent du ressort du droit qui est communément appelé le droit international privé. Pour la grande majorité des contrats, personne ne contestera que l'Etat y est partie en tant qu'entité de droit privé. Aussi convient-il d'appliquer les préceptes du droit international privé pour déterminer le régime juridique de ces contrats.

2. 'Le droit international privé': il faut éviter de se méprendre. Il n'y a pas de système universel de droit international privé parallèle au droit international public! Chaque Etat, chaque communauté juridique, a ses propres règles pour résoudre les problèmes qui peuvent se poser à cause d'éléments d'extranéité dans les rapports de droit privé. Si la science du droit international privé (d.i.p.) est plutôt internationale, le d.i.p. en tant que secteur du droit positif fait partie du droit étatique, sous réserve des nombreux traités internationaux relatifs au d.i.p. Cela dit, il n'en

reste pas moins qu'il est utile de consacrer une partie du temps disponible au droit international privé en matière de contrats.

3. Cependant, nous ne pourrions nous en contenter. Depuis quelques décennies, on se pose la question de savoir si, du moins pour certains contrats entre un Etat, d'une part, et une entreprise étrangère d'autre part, il est opportun et en harmonie avec le caractère particulier de tels contrats de développer un régime spécial. On a beaucoup parlé de «contrats d'Etat» sans que, jusqu'à présent, l'apparence d'unanimité se soit faite jour, tant sur la délimitation de cette catégorie de contrats d'Etat que sur le contenu du régime spécial.

On pourra soupçonner qu'il faut distinguer entre les différents contrats passés par un Etat. L'achat d'un réfrigérateur pour un ambassade ne relève pas du même ordre que la commande de quelques sous-marins ou d'un réseau de télécommunication ou un contrat d'exploitation de gisements de minerais qui constituent l'une des rares richesses d'un Etat pauvre.

Quelques contrats internationaux ont une portée macro-économique ou stratégique et, de ce fait, lourdement politique pour l'Etat concerné, et en même temps ces contrats représentent un intérêt formidable pour l'entreprise co-contractante. Souvent le bien-être d'une telle entreprise n'est aucunement indifférent pour l'Etat dans le territoire duquel cette entreprise a ses racines et son centre principal. On s'explique que ce genre de contrats ait soulevé des réflexions et des discussions et qu'on a pu observer l'éclosion de la notion de «contrat d'Etat».

Par souci de clarté, nous pourrions essayer de dégager les grandes lignes de la conception la plus audacieuse avancée en doctrine.

4. Les aspects délicats des soi-disant contrats dits d'Etat nous feront bientôt découvrir que nous ne pourrions nous permettre de nous concentrer sur la question du droit applicable aux contrats d'Etat, mais qu'il faut bien se demander qui aura la mission de trancher avec autorité les points litigieux. L'Etat étant partie à un contrat d'Etat de grande importance, il ne va pas de soi, dans tous les cas, du point de vue du co-contractant, que les tribunaux de l'ordre judiciaire de ce même Etat sont le juge naturel pour le contentieux éventuel. Aussi, depuis longtemps, s'est-on engagé sur la voie de l'arbitrage.

Et, en parallèle à la question de savoir quel devrait être le régime du contrat d'Etat, le droit matériel qui le régit, la question s'est posée de savoir quel est, ou devrait être, le statut de l'arbitre. S'agit-il d'un arbitrage de droit privé, tout comme dans des milliers d'autres cas, ou faut-il reconnaître à l'arbitrage en matière de contrat d'Etat un statut juridique spécial? Aussi y aura-t-il lieu d'étudier le

C.I.R.D.I, le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements entre Etats et Ressortissants d'autres Etats. Dans la ligne de ces développements, il pourra s'avérer utile d'étudier le Règlement de Procédure de Conciliation et d'Arbitrage pour les marchés financés par le Fonds Européen de Développement (FED).

5. Le plan sera le suivant:

- I le droit international privé en matière de contrats
- II le contentieux en matière de contrats
- III le contrat d'Etat: la recherche d'un statut juridique adéquat
- IV le contrat d'Etat et son statut juridique: l'état de la question

I. Le droit international privé en matière de contrats

6. On se rappellera que le droit international privé est, en principe, une partie du droit national, étatique, pour les problèmes de droit privé que soulèvent les cas présentant un élément d'extranéité, ce sous réserve des nombreuses conventions internationales et de quelques principes de droit international public. Cependant, les problèmes qui se posent un peu partout étant similaires et l'intérêt d'une harmonie de solutions des deux côtés des frontières étatiques étant évident, on s'explique qu'il y a un échange d'idées international très intensif. Bref, en matière de contrats internationaux, il faut signaler deux conventions internationales multilatérales. Elles ont été mises au point à la suite d'une préparation très sérieuse. Il s'agit de la Convention de Rome du 19 juin 1980 entrée en vigueur entre les Etats membres de la Communauté Européenne, et la Convention de Mexico du 17 mai 1994,¹ élaborée au sein de l'Organisation des Etats Américains dont font partie tant les Etats de l'Amérique du Nord que ceux de l'Amérique du Sud, c'est-à-dire aussi des Etats pauvres qui ne font pas partie de l'Occident plutôt riche et prospère.

Il va de soi que ces conventions ne lient que les Etats qui les ont, ou auront, ratifiées; il n'en reste pas moins que la convergence des solutions retenues constitue

¹ V. le texte à 33 *International Legal Materials* 732 (1994).

un indice précieux pour d'autres Etats dont le législateur ou la Cour suprême considère l'opportunité d'énoncer des règles relatives à notre matière. Il faut signaler que ces conventions ont pour objectif d'uniformiser les règles de droit international privé des Etats concernés, ou même, pour la Communauté européenne, selon l'avis de certains, de créer un régime unique commun. Elles contiennent les règles générales, c'est-à-dire qu'elles n'établissent pas un régime spécial ou particulier pour les seuls contrats qui présentent un lien étroit quelconque avec l'un ou plusieurs de ces Etats.

7. En passant en revue seulement les grandes questions du régime des contrats internationaux, on ne manquera pas de constater que les intérêts privés des contractants qui doivent être soumis à un régime équilibré de droit international privé traditionnel, doivent parfois se plier à des intérêts supérieurs de la collectivité étatique dans le cadre de laquelle ces contrats doivent s'exécuter. Ces intérêts supérieurs trouvent souvent leur mise en valeur dans des règlements de droit économique, social ou monétaire. Il s'agit d'actes de bonne administration du gouvernement, ou - pour reprendre un terme ancien - d'actes de «police». L'expression redevenue en vogue est celle de «lois de police».

8. Aussi traiterons-nous dans la partie A du régime de droit privé, et dans la partie B des lois de police.

A. La loi applicable au contrat

9. Un phénomène curieux pour les non-initiés au droit international privé, c'est que, pour certaines matières, les justiciables sont en droit de choisir la loi qui régira leurs rapports de droit. Il faut donc explorer ce qu'il en est pour les contrats (a) pour ensuite déterminer la loi applicable en l'absence de choix de la loi (b)

a. L'autonomie des parties contractantes

10. Malgré les hésitations et les objections aussi bien doctrinales que pratiques, on est désormais fondé à affirmer que, un peu partout dans le monde, les parties à un contrat international peuvent choisir la loi qui régira le contrat (Rome, article 3, Mexico article 7).² Cela veut dire que la loi choisie s'applique au lieu de celle qui

² V., parmi d'autres ouvrages, Peter Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press Oxford 1999

aurait été applicable en l'absence du choix. Cela vaut pour les règles supplétives aussi bien que pour les règles impératives de la loi concernée. Par conséquent, les parties contractantes disposent d'une marge de manœuvre non négligeable. Elles peuvent se soustraire à une loi qui leur déplaît, mais au prix d'y substituer une autre, avec ses propres contraintes.

Cette liberté, pour le moins surprenante pour les non-initiés, ne s'est pas avérée désastreuse pour le commerce international. L'avantage primordial en est qu'elle fournit de la certitude aux parties, d'autant que, en l'absence d'un tel choix, il n'est pas, ou du moins n'était pas, certain quelle est la loi qui s'applique.

11. Bien entendu, cette certitude n'est que relative, comme toute vérité juridique. En droit, il faut toujours se demander par rapport à quel Etat on peut affirmer une thèse. Si l'autonomie des parties à un contrat international est reconnue dans l'Etat A, tandis qu'elle est condamnée dans l'Etat B, c'est-à-dire par leurs législateur ou juge suprême respectifs, on constate le caractère relatif de la vérité juridique! Mais pour ce qui est des contrats, la non-acceptation de l'autonomie des parties est devenue plutôt rare!

12. Si autonomie des parties il y a, il faut bien qu'elles fassent ressortir d'en faire usage. Le choix de la loi doit être exprès, ou du moins indubitable. De plus en plus, on rejette le procédé qui consiste en ce que le juge essaye de déterminer la loi applicable en se demandant quelle loi les parties auraient choisi, ou même auraient dû raisonnablement choisir, si elles y avaient pensé. La «volonté hypothétique» n'est plus de mise.

Les idées sur l'autonomie des parties se précisant de plus en plus, il vaut la peine de signaler que les parties à un contrat international se voient reconnaître la liberté de se mettre d'accord sur la loi applicable après la conclusion du contrat ou de modifier un choix initial.

13. L'objet du choix prête à des réflexions sur un nombre varié de points. Tout le monde est d'accord pour dire que les parties peuvent choisir la loi d'un Etat plutôt que celle d'un autre. La Convention de Rome et celle de Mexico n'y apportent aucune restriction. On ne dit plus que le choix doit être raisonnable ou bien qu'il faut un lien réel entre le contrat et la loi choisie. En accordant cette marge supplémentaire de liberté, les négociateurs des conventions ont fait confiance aux parties. Et effectivement, les cas d'abus sont plutôt rares. L'avantage de la règle libérale telle qu'elle est maintenant, c'est qu'elle coupe court aux chicanes relatives au lien à exiger, mais s'il s'agit de contrats avec des consommateurs, ou

de ceux avec des salariés, le besoin d'une protection certaine n'est pas ignoré, du moins dans la Convention de Rome (les articles 5 et 6).

14. Un point qui revêt une importance certaine pour notre sujet est la question de savoir si les parties peuvent valablement convenir que la loi qui régira leur contrat est celle de l'Etat X dans l'état où elle se trouve au jour de la conclusion du contrat. En faisant de la sorte, on vise à écarter toutes les interventions législatives ainsi que tous les développements de la jurisprudence qui seront ultérieurs. Un tel choix revient au choix d'une loi gelée. Dans ce même ordre d'idées, les parties pourraient choisir la loi française telle qu'elle était en 1900 ou en 1940.

Tout franchement, il faut admettre qu'un tel choix d'une loi gelée exprime une méfiance certaine à l'égard du législateur. Celui-ci pourrait éprouver la tentation irrésistible d'intervenir par des mesures législatives dans le régime du grand contrat auquel cet Etat lui-même est partie. Aussi le co-contractant insiste-t-il pour que le cadre législatif du contrat soit stabilisé, ou du moins que le contrat reste intact malgré des mesures législatives ultérieures. On parle de clauses de «stabilisation» ou d'«intangibilité».

En droit international privé commun des Etats, le choix d'une loi gelée n'est pas admis. On estime que si, dans un cas international, on choisit par exemple la loi française, on passe un contrat tout comme un contrat passé dans un cadre purement français, c'est-à-dire sans exclure l'évolution éventuelle de cette loi postérieurement à la conclusion du contrat. Pour le choix d'une loi gelée, il faut donc trouver une base légale ailleurs, en dehors du droit international privé commun, si, pour une catégorie de contrats, tels les contrats dits «contrats d'Etat», on en éprouve le besoin.

La volonté commune des parties n'y suffit pas. Il faut une loi, un système de droit, qui valide l'expression d'une telle volonté. La Convention de Rome et celle de Mexico qui, pour les Etats contractants, contiennent les règles de droit international privé pour les contrats, n'ouvrent cette perspective, ni pour les contrats internationaux en général, ni pour un groupe particulier de contrats à délimiter comme les «contrats d'Etat».

15. La littérature relative aux contrats d'Etat nous présente encore une autre extension de l'autonomie des parties, à savoir le choix par les parties à un contrat qui n'est pas un traité entre deux Etats, du droit international public en tant que loi régissant le contrat, ou bien les principes du droit international public. Cette option est également inconnue du droit international privé des Etats. La Convention de Rome ne permet pas d'élargir l'autonomie des parties en ce sens, sans l'exclure

d'ailleurs expressément. Mais il serait surprenant si, un jour, un juge de l'un des Etats contractants estimait pouvoir se fonder sur la Convention de Rome pour justifier un tel choix. Force est bien d'y trouver une justification ailleurs. Il en est de même de la Convention de Mexico.

Si, en droit international privé, il s'agit de déterminer la loi qui régit un rapport de droit privé tel un contrat, on cherche une loi de droit privé. Il est déjà audacieux d'estimer que l'autonomie des parties permet d'écarter chacune des lois étatiques pour y substituer le texte d'une convention portant une loi uniforme, par exemple la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises.³ Il est plus audacieux encore de penser qu'on peut choisir, en écartant chacune des lois étatiques, un droit commercial non-étatique, connu sous le nom de «*lex mercatoria*» mais dont l'existence prête à beaucoup de discussion, ou bien les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (1995). Aussi bien n'est-on pas d'accord sur la question de savoir si les conventions peuvent être interprétées dans un sens assez large pour permettre un tel choix.

16. Il y a plus. Les conventions ont pour objectif d'uniformiser seulement les règles de droit international privé relatives aux contrats. Il faut bien se rendre compte que ces règles ont un objet bien délimité; elles ne contiennent pas de règles pour d'autres sujets, tels la loi applicable aux questions de droits réels, la loi applicable aux questions de capacité ou à celles relatives aux personnes morales et à leur représentation. Dans chaque système de droit international privé, on trouve plusieurs règles de conflit de loi l'une à côté de l'autre, chacune ayant son propre objet ou «catégorie de rattachement». Aussi est-il inévitable d'estimer que les règles relatives aux contrats n'ont pour objet que les questions qui, en droit international privé, doivent être qualifiées comme relevant du droit des contrats. Le choix de la loi applicable à un contrat ne va pas au-delà!

Toute autre chose, et sans fondement dans les deux conventions, est de penser que le choix de la loi applicable au contrat revient au choix du système de droit international privé de cette loi, en sorte que le juge, ou l'arbitre, doive résoudre tous les problèmes de droit international privé qui pourraient se poser en liaison avec le contrat, selon la loi désignée par le droit international privé choisi. Pour une telle solution, on ne trouve pas de fondement dans le droit international privé des Etats; il faut bien le trouver ailleurs!

³ V. en ce sens la Convention de Bruxelles de 1924, modifiée à Visby, et qui contient les 'Hague-Visby Rules', à l'article 10 sous lettre c.

17. Il est déjà audacieux que les deux conventions permettent le «dépeçage» des contrats. Elles accordent aux parties au contrat international d'en isoler certains éléments pour les soumettre à des lois différentes. De cette façon, l'unité du contrat et l'équilibre de son régime sont mis en péril, et il est douteux qu'il faille acclamer cette extension de l'autonomie des parties.

Pour terminer, mentionnons encore une autre version. Faut-il admettre qu'un contrat international est soumis aux règles qui sont communes aux droits des contrats de deux Etats? Cette fois, il ne s'agit pas d'un dépeçage du contrat mais plutôt d'un dépeçage de lois applicables. Cette conception de l'autonomie des parties qui n'est aucunement fantaisiste dans le domaine des contrats d'Etat, ne trouve non plus de fondement dans le droit international privé des Etats en matière de contrats tel qu'il a été codifié dans les deux conventions multilatérales qui, déjà, ont été citées à plusieurs reprises.

18. Pour ce qui concerne l'autonomie des parties, il faut bien concéder que ceux qui se mettent à rédiger de grands contrats auxquels sont parties un Etat, d'une part, et une entreprise étrangère, d'autre part, se heurtent à certaines restrictions s'ils veulent bien rester en harmonie avec le droit international privé commun des Etats. Pour certaines extensions de l'autonomie de ces parties inconnues de ce droit commun et qui s'avèrent souhaitables, il faudra trouver un fondement ailleurs!

Cependant, il arrive que les parties à un contrat international ne se sont pas mises d'accord sur un choix (valable) de la loi qui régira leur contrat:

b. La loi applicable au contrat en l'absence de choix

19. Peut-être l'essor de l'autonomie des parties en matière de contrats internationaux s'explique-t-il du fait que, pendant très longtemps, il n'y avait pas de règle satisfaisante pour déterminer la loi applicable en l'absence d'un choix. Si les anglo-saxons ont renoncé à formuler une règle abstraite en disant que la «proper law», la loi appropriée, s'applique au contrat pour faire dépendre la solution des circonstances du cas concret, les européens continentaux ont accordé une certaine valeur à la loi du lieu de conclusion du contrat ou encore à la loi du lieu où l'obligation résultant du contrat devait s'exécuter. Cependant, ces solutions n'ont pas vraiment satisfait. C'est d'autant plus vrai dans les cas où deux obligations principales prennent naissance dans un contrat, comme c'est la règle pour les contrats synallagmatiques - l'une des parties payant un prix pour la prestation de l'autre -, et que ces obligations doivent s'exécuter dans des Etats différents: une «scission» du

contrat en résulterait ce qui reviendrait à la méconnaissance de l'unité du contrat.

20. Une solution plus satisfaisante pour l'ensemble du contrat vient d'être développée par le professeur suisse Adolf Schnitzer. C'est lui qui a lancé la «doctrine de la prestation caractéristique». Cette doctrine peut être résumée comme suit: un contrat est régi par la loi du lieu d'établissement du débiteur de la prestation qui caractérise le contrat. La majorité des contrats étant des contrats synallagmatiques qui obligent l'une des parties à payer un prix en argent pour la prestation de l'autre, c'est cette dernière prestation qui caractérise le contrat. La doctrine de Schnitzer n'est pas sans évoquer celle, fameuse, de von Savigny qui, dès 1849, a formulé un précepte pour la mise au point de règles de conflit, à savoir déterminer la nature juridique d'un type de rapport juridique pour déduire le «siège» de ce rapport, c'est-à-dire pour le localiser dans le pays d'un certain droit. C'est dans cette ligne qu'il semble que Schnitzer a essayé de s'appuyer sur la nature du rapport contractuel.

21. Quoi qu'il en soit, il faut signaler que, à la différence de la Convention de Mexico, celle de Rome a fait sienne cette doctrine pour la lancer comme règle principale pour les contrats pour lesquels les parties elles-mêmes n'ont pas désigné la loi applicable, (V. l'article 4, deuxième alinéa), cependant non sans deux réserves.

22. Premièrement, la Convention de Rome contient des règles spéciales pour le contrat conclu par les consommateurs et le contrat individuel de travail, pour lesquels des motifs de protection se font sentir, et également des règles spéciales pour le contrat de transport de biens aussi bien que pour les contrats qui ont pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble: on ne retrouvera pas ces règles spéciales dans la Convention de Mexico.

Deuxièmement, la règle qui sanctionne la doctrine de la prestation caractéristique n'est pas présentée comme une règle qui s'impose, mais comme une présomption, à savoir la présomption selon laquelle la règle aide à identifier la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits. Comme le dit expressément l'alinéa premier, il s'agit d'identifier cette loi. Si la présomption attribuée à la doctrine de la prestation caractéristique ne conduit pas, dans un cas atypique pourrait-on dire, à ce résultat, elle est écartée. Cela est confirmée à l'alinéa cinq.

La règle principale, inspirée de la doctrine de Schnitzer sur la prestation caractéristique, ne trouve pas d'équivalent dans la Convention de Mexico. Les négociateurs de Mexico ont préféré une instruction adressée au juge selon laquelle celui-ci doit prendre en considération tous les éléments objectifs et subjectifs pour désigner la loi de l'Etat (!) avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits, tout en

tenant également compte des principes généraux du droit commercial international reconnus par des organisations internationales. Aucune présomption n'a été formulée.

Pour ce qui concerne les contrats d'Etat, dans les cas exceptionnels où la loi applicable n'a pas été désignée, il faut présumer que la loi appropriée est celle de l'Etat concerné plutôt que celle trouvée selon le précepte de Schnitzer.

23. Voilà les grandes lignes directrices pour trouver le régime de droit privé des contrats internationaux, telles que ces lignes ont trouvé expression dans deux conventions multilatérales et de date relativement récente. Il faut maintenant aborder la réglementation qui trouve son origine dans les soucis de bonne administration, de «police».

B. Les lois de police

Seront traités d'abord, le phénomène qui a tardé être reconnu (a), ensuite les lois de police étrangères (b).

a. Un phénomène qui a tardé être reconnu

24. Il est curieux de constater que, pendant longtemps, la doctrine du droit international privé ne s'est pas rendu compte de l'intérêt primordial des lois de police.⁴ On pourrait dire que c'est seulement depuis 1958 que Phocion Francescakis, dans son ouvrage «La théorie du renvoi», a attiré l'attention des spécialistes sur ce que la règle de rattachement traditionnelle ne suffit pas en toutes circonstances pour déterminer le régime de droit privé des rapports internationaux. Il a attiré l'attention sur des règles dont le domaine d'application n'est pas déterminé à l'aide d'une règle de conflit bilatérale traditionnelle - donc indirectement - mais directement, sur la base de l'objectif qui est assigné à ces règles ou à ces lois. Pour mettre en relief leur caractère extraordinaire, Francescakis les a baptisées «lois d'application immédiate». Dans une publication de 1966,⁵ il a renoncé à ce terme

⁴ Von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, tome 8, p. 33-36, y avait fait des références très explicites. V. aussi la Cour permanente de justice internationale 1929, affaire des emprunts serbes.

⁵ *Revue critique de droit international privé* 1966, p. 1-16, V. aussi *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1967, p. 689, *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit international* I, 1968, sub voce Conflits de lois (principes généraux).

pour y substituer le terme ancien et bien connu de «lois de police», V. article 3 Code civil français. La même année 1958, la Cour Internationale de Justice est opportunément venue illustrer le phénomène visé dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire Elisabeth Boll.

25. De quoi s'agit-il? Dans le monde moderne, le gouvernement d'un Etat se voit attribuer la vocation de promouvoir le bien commun de la communauté dont il est responsable. Il lui faut assumer des tâches dans les domaines de l'économie et du social aussi bien que ceux de l'équilibre monétaire, de la culture et de l'éducation ainsi que de la santé publique. Les rapports inévitables avec le monde extérieur l'obligent à mener une politique étrangère qui peut avoir des répercussions sur les rapports internationaux de droit privé. Il lui faut choisir des objectifs et développer des instruments variés pour les atteindre. Ces instruments peuvent être de caractère fiscal, sanitaire, policier, médiatique et autre.

Souvent ces instruments seront de caractère législatif. Il s'agit de lois d'un caractère impératif particulier, ce qui se révèle par exemple par des sanctions, pénales ou autres, à l'adresse des contrevenants. Le domaine de telles lois est fonction de l'objectif que le gouvernement s'est fixé. Ce genre de lois peut interférer avec les rapports qui, en principe, sont de droit privé. Par exemple: si un Etat prévoit des vaccinations obligatoires pour certains enfants contre telle ou telle maladie, il ne suffit pas d'invoquer une loi étrangère qui régirait le rapport entre un enfant et ses parents pour que cet enfant soit soustrait à ces vaccinations; ou encore: l'importation et l'exportation d'équipement militaire ne relèvent pas seulement du droit privé: la validité d'un contrat de vente peut dépendre d'une licence délivrée par l'autorité étatique compétente.

26. Il en est de même des investissements par des entreprises étrangères, de l'importation de capitaux par des entreprises locales et des restrictions éventuelles auxquelles sont soumis les paiements internationaux. Quelle que soit la loi qui régit les contrats concernés selon les règles de droit international privé traditionnelles, la réglementation des investissements étrangers s'impose. Elle a un caractère impératif tel qu'elle ne peut être écartée par le choix d'une loi étrangère par les parties à un contrat international.

27. Aussi faut-il distinguer entre deux degrés de caractère impératif, celui des lois de police, d'une part, et celui de certaines règles de droit privé, d'autre part. Si, en exerçant leur autonomie, les parties à un contrat international choisissent une loi étrangère pour écarter la loi locale qui, en l'absence du choix, pourrait être applicable, les règles impératives de droit privé de la loi étrangère choisie s'appliquent, mais

les lois de police locales qui se veulent applicables restent imperturbablement applicables. Celles-ci sont «super-impératives», assorties, le cas échéant, de sanctions pénales.

Les lois de police présentent une grande variété. Elles sont fonction des objectifs que se sont fixés les gouvernements et qui varient selon les circonstances économiques, culturelles et autres.

28. Il ne laisse pas de doute que les Etats sont souverains et que les gouvernements ont raison de s'en prévaloir. Mais ils seront bien avisés de déterminer leurs intérêts avec précision en tenant compte du rapport de forces qui est incontournable dans les relations internationales. Dans cette perspective, les gouvernements décideront sur leur politique en matière d'investissements provenant de l'étranger. On comprend que la Banque mondiale ait publié un document en 1992 qui contient des directives sur le régime de l'investissement direct étranger.⁶ Ce document s'inscrit dans le cadre de sa politique visant à favoriser un régime équilibré et qui tient compte tant des intérêts des investisseurs que de ceux des pays importateurs d'investissements.

Il faut ne pas se dissimuler que des problèmes peuvent se poser pour un investisseur étranger dès que l'Etat remplit le double rôle de législateur de lois de police, d'une part, et de partie à un contrat d'importance macro-économique, d'autre part. Les intérêts ne convergent pas nécessairement ou peuvent très bien cesser de converger! Un tel contrat, une fois passé, doit établir un rapport plutôt dynamique en ce qu'il n'exclut pas la renégociation. Une solution négociée à l'amiable est toujours préférable, mais, pour être réaliste, il faut ne pas exclure des procédures judiciaires ou arbitrales au cas de contentieux. Pour ce qui concerne le régime des lois de police, il faut tenir présent à l'esprit ce qui suit.

b. Les lois de police étrangères

29. Les lois de police d'un Etat étant caractérisées comme «super-impératives», on ne peut s'imaginer qu'un juge relevant d'un tel Etat pourrait se refuser à appliquer fidèlement une telle loi. Sa position constitutionnelle ne lui laisse probablement aucune latitude. Tant la Convention de Rome (article 7, deuxième alinéa) que celle de Mexico (article II, premier alinéa) reflètent exactement cette situation. Tout à fait différente est la position d'un juge relevant d'un autre Etat. Pour lui,

⁶ *International Legal Materials* 31 (1992) p. 1463 e.s.

les lois de police étrangères sont l'expression de la politique de gouvernements étrangers, si respectable qu'elle soit, et il n'est pas immédiatement évident qu'il faut à un tel juge se présenter comme serviteur d'un gouvernement étranger. Pour s'y soustraire, il suffirait à ce juge de qualifier de telles lois comme étant de droit public et il pourra y trouver un argument décisif pour se refuser à les appliquer.

Il n'en reste pas moins que, dans le monde moderne, aucun Etat ne peut se permettre de ne pas se servir de l'instrument des lois de police, et une solidarité élémentaire entre les Etats, la «*comitas gentium*», semble imposer une attitude plus indulgente et coopérative. On en trouve l'expression dans les deux conventions (Rome, article 7, alinéa premier, Mexico, article 11, deuxième alinéa).

II. Le contentieux en matière de contrats

30. Dans ce qui précède, on a essayé de broser les grandes lignes du droit international privé moderne en matière de contrats. On s'est appuyé sur deux conventions internationales de date récente qui, le plus souvent, présentent des solutions convergentes et qui, de ce fait, pourraient servir de source d'inspiration pour des Etats non-contractants et leurs juges, d'autant que, dans ces conventions, rien ne permet d'estimer qu'elles favorisent les riches plutôt que les défavorisés, qu'il s'agisse d'Etats ou d'entreprises privées.

Cependant, ce tableau plutôt comparatiste ne doit pas nous faire oublier qu'il y a autant de vérités juridiques que d'Etats ou de communautés de droit. On peut être considéré comme divorcé dans tel Etat, comme toujours marié dans tel autre, comme valablement adopté dans tel Etat tandis que l'adoption n'est pas reconnue dans tel autre, comme propriétaire d'un bien dans tel Etat tandis que la prétention de propriété n'est pas reconnue dans tel autre Etat, comme toujours lié par un contrat dans tel Etat, mais comme libéré des liens contractuels dans tel autre. Bref, ce qui est juridiquement vrai dépend des lois d'un Etat et des jugements de ses juges. On doit le dire sans dénier aux philosophes les louanges qui leur sont dues. Certes, il y a un désir insatiable de trouver la vérité, juridique ou autre, incontestable et universelle, et de trouver le juge dont les jugements auront une autorité écrasante un peu partout.

Aussi, pour compléter le tableau, faut-il explorer les différentes manières dont le contentieux est liquidé.

31. Si, en matière contractuelle, un désaccord plus ou moins grave se présente entre les parties, il est préférable d'y trouver une solution à l'amiable. Les parties y seront d'autant plus inclinées si elles se rendent compte des frais, des hasards, des délais et des aventures occasionnés par des procédures judiciaires ou arbitrales. Parfois, cependant, les parties ne réussissent pas à sortir de l'impasse dans leurs relations, et il leur faut le secours d'un tiers sans que ce secours se présente nécessairement comme l'intervention d'un tribunal arbitral. Depuis longtemps, on connaît déjà des arbitres autorisés à faire fonction d'«amiables compositeurs» mais, plus récemment, on discute un peu partout des méthodes «alternatives» pour résoudre des différends.

Il convient donc de réfléchir sur les voies judiciaire (A) et quasi-judiciaire (B) et, très brièvement, sur les voies alternatives (C).

A. La voie judiciaire

32. La voie judiciaire sous la forme de l'une des voies judiciaires étatiques est une première possibilité! Si l'on a le choix de l'une de ces voies, il s'agit du choix de la vérité juridique prévalant dans l'un des Etats. Cette vérité est relative, parce que, un jugement étant rendu dans un certain Etat, sa reconnaissance dans un autre Etat est le plus souvent précaire et cela est vrai, à plus forte raison, pour son exécution forcée.

Pensons aux gros contrats qui, au moins pour l'un des Etats concernés, revêtent un intérêt économique et/ou politique considérable. Notre attention doit se concentrer sur deux grands points pour ce qui concerne la solution judiciaire des différends: la compétence du juge (a) et l'effet juridique utile du jugement (b).

a. La compétence du juge

33. Souvent, le plaideur qui souhaite intenter une action dans une affaire internationale, peut choisir parmi les juges de plusieurs Etats concernés. Il doit peser les avantages et les inconvénients des différentes options qui se présentent et décidera en faveur du tribunal qui semble lui promettre le meilleur résultat. C'est ce que les Américains appellent «forum shopping», c'est à dire faire ses courses dans la boutique judiciaire la plus favorable.

Cependant, au cas d'un gros contrat entre, d'une part, un Etat ou un organisme étatique et, d'autre part, un investisseur étranger, il est plus que probable que l'Etat concerné trouve inacceptable d'être justiciable d'un juge étranger. Il se prévaudra de son immunité de juridiction dans toute la mesure du possible, ou bien, le cas échéant, de la doctrine de l'«Act of State», laquelle pourrait empêcher le juge de statuer sur la valeur juridique d'un acte émanant du gouvernement étranger.

Du point de vue de l'investisseur, la situation se présente d'une manière toute différente. Plus important est l'intérêt que représente l'investissement pour un tel Etat, plus hésitant sera l'investisseur étranger pour se résigner à une procédure devant le juge étatique d'un tel Etat. Que ce soit justifié ou non, il est tentant pour lui de mettre en doute l'impartialité et l'indépendance d'un tel juge pour qui il sera plus délicat de statuer en faveur de l'investisseur qu'en faveur de l'Etat dans le cadre constitutionnel duquel il remplit sa fonction judiciaire. En tout cas, le juge de cet Etat appliquera inévitablement les lois de police, anciennes ou nouvelles, qui sont en vigueur dans cet Etat et qui servent d'instrument pour mettre en œuvre la politique, économique ou autre, de son Etat.

34. Pour les contrats à long terme surtout, mais également pour d'autres gros contrats, il faut tenir compte de moments difficiles dans les rapports entre les parties. Aussi est-il judicieux d'insérer des clauses dans le contrat selon lesquelles, en cas de litige, la solution sera recherchée par la voie de l'arbitrage: il faudra examiner ultérieurement si cela est toujours satisfaisant.

Imaginons que, malgré tout, un jugement est rendu par un tribunal étatique: quels en seront les effets?

b. Les effets utiles d'un jugement

35. Qu'en est-il d'abord du jugement rendu par le juge de l'Etat concerné par un contrat d'investissement. Si, dans un tel jugement, il est statué en faveur du co-contractant de l'investisseur la chose est – littéralement – jugée, mais il faut bien espérer que le jugement revêt une force persuasive à l'égard de l'investisseur. Si, au contraire, c'est celui-ci qui gagne la procédure, aucun problème spécial n'est à craindre. L'exécution forcée pourra, néanmoins, s'avérer délicate.

Au cas où la procédure s'est déroulée dans l'Etat d'origine de l'investisseur et que celui-ci se voit condamné, il devra bien s'y plier. Mais si l'Etat concerné a été partie défenderesse et que celui-ci n'a pas invoqué son immunité de juridiction,

un jugement condamnatore en faveur du cocontractant risque de créer de nouvelles difficultés. En tout cas, l'immunité d'exécution peut bloquer chaque mesure d'exécution, et si l'immunité d'exécution n'est pas susceptible d'être invoquée à cause d'un lien trop lâche entre le cocontractant para-étatique de l'investisseur et son Etat, il faut tenir compte d'un malaise certain.

Tout cela explique qu'on peut constater une tendance à avoir recours à l'arbitrage.

B. La voie de l'arbitrage

Nous aborderons d'abord la question de savoir où il faut situer l'arbitrage dans l'univers juridique (a), puis nous traiterons des effets utiles de l'arbitrage (b).

a. Où situer l'arbitrage dans l'univers juridique?

36. Il paraît que pas mal de gros contrats d'investissement contiennent une clause arbitrale, c'est-à-dire par laquelle les parties se mettent d'accord, au cas d'un différend sérieux qui paraît ne pas pouvoir être éliminé par la voie de la (re)négociation, sur le fait que chacune des parties peut prendre l'initiative pour commencer une procédure arbitrale qui doit aboutir à une «sentence», un jugement arbitral.

Or le droit des Etats modernes prévoit des règles précises sur tous les éléments de l'arbitrage. En France aussi bien qu'aux Pays Bas, c'est le Code de procédure civile qui contient un livre sur l'arbitrage. Il en est de même dans d'autres Etats. De ce fait, l'arbitrage est «étatisé». Il fait partie du système procédural étatique. Au cas de difficultés, les tribunaux étatiques sont appelés à redémarrer la procédure arbitrale. La sentence finale est munie d'une sanction étatique en la forme d'un «exequatur», si du moins la procédure arbitrale a rempli les exigences élémentaires d'une procédure honnête. Et munie de cet exequatur, la sentence est susceptible de l'exécution forcée.

En soulignant cet encadrement étatique, nous ne voulons pas mettre en doute que, à la base de la procédure arbitrale et de son aboutissement en la forme d'une sentence, se trouve un compromis ou une clause arbitrale. Pas d'arbitrage sans l'accord des deux parties! Il n'en reste pas moins que, juridiquement, un tel accord ne se suffit pas. Il faut une communauté de droit, un ordre juridique, qui donne effet à un tel accord, un effet et un accord dont les conditions et les modalités doivent être précisées ne serait-ce que parce qu'elles-mêmes sont susceptibles de faire l'objet d'un désaccord, d'un litige. Aussi semble-t-il qu'il ne faut pas exagérer

la différence entre deux conceptions de l'arbitrage, l'une plutôt contractuelle, l'autre plutôt judiciaire!

37. Il s'ajoute à cela qu'il faut à l'arbitrage un cadre, une ambiance juridique et sociale. Tout comme un contrat, l'arbitrage a une dimension sociale. Il ne peut pas être purement inter-individuel. Le juridique a une dimension sociale! C'est vrai pour chaque contrat ainsi que pour chaque arbitrage. On doit l'affirmer sans qu'on mette en doute dans la moindre mesure qu'un contrat regarde en tout premier lieu les parties.

S'il faut à l'arbitre un cadre purement procédural, il lui faut aussi bien le cadre d'une communauté juridique en harmonie avec laquelle la sentence arbitrale devra être rendue et remplir sa fonction. Les activités économiques comme les contrats se tiennent: elles constituent un ensemble. Il y a des vérités économiques aussi bien que des principes juridiques et moraux dont il n'est pas permis, pas possible, de faire abstraction.

Dans la majorité des cas, un tribunal arbitral ne trouvera aucun inconvénient à se situer en tant que tel dans le cadre juridique d'un Etat déterminé. Normalement, et le plus souvent, le lieu officiel convenu de l'arbitrage, le «siège» du tribunal, détermine le cadre procédural, ou plus largement, le cadre étatique de son fonctionnement. Cela n'exclut aucunement qu'un tribunal arbitral peut, en fait, se réunir où bon lui semble pour des consultations, pour interroger des témoins ou des experts, ou pour une descente sur les lieux. Son point d'ancrage officiel, juridique, n'en souffre pas. Il reste tel qu'il est et sert de point de rattachement à un Etat et son ordre juridique.

38. Parfois, les arbitres ont reçu des parties le pouvoir de faire fonction d'amiables compositeurs. A cette fonction également, il faut le cadre d'un ordre juridique qui en détermine les modalités. Globalement, cela les dispense d'appliquer les règles de droit dans toute leur rigueur pour trouver une solution équitable et qui satisfasse aux parties. Peut-être cette marge de manœuvre permet-elle aux arbitres d'imposer la solution que les parties elles-mêmes auraient dû trouver en s'engageant de manière raisonnable dans des négociations. Mais souvent il faut aux arbitres s'abstenir de ce rôle d'amiables compositeurs et plutôt rendre une sentence tout à fait en conformité des règles de droit qu'ils considèrent être applicables.

39. En sachant bien que, sur ce point, on est loin d'être unanime, je dirais que l'arbitre qui est appelé à rendre une sentence selon les règles de droit, se trouve dans la même situation que le juge étatique de l'Etat dans le cadre duquel la procédure arbitrale se déroule. Il est incohérent, il me semble, de penser qu'un

arbitre dispose d'une liberté qui fait défaut au juge. Dans un Etat donné, il n'y a qu'une seule vérité juridique que tant le juge étatique que l'arbitre se doivent de respecter sans faille, même si cette vérité n'est pas en tous points identique à celle proclamée dans un autre Etat.

40. Revenons sur les gros contrats avec un investisseur étranger. Une question préliminaire est celle de savoir si, selon le droit d'un Etat, cet Etat ou un organisme étatique qui est le co-contractant de l'investisseur étranger, a la capacité nécessaire pour se lier valablement par une clause arbitrale. En souscrivant à une telle clause, un Etat est censé garantir sa propre capacité sur ce point.

Si un litige relatif à un tel contrat fait l'objet d'une procédure arbitrale, le tribunal arbitral aura à appliquer les mêmes règles de droit international privé pour déterminer la loi applicable que le juge étatique. Et pour ce qui concerne les lois de police, celles de l'Etat concerné aussi bien que celles de l'Etat d'origine de l'investisseur ou d'un tiers Etat, la position de l'arbitre ne se différencie pas de celle du juge étatique.

41. En droit international privé, le soupape de sûreté porte le nom d'« ordre public ». Si, selon la loi applicable désignée par ses règles de conflit de lois, le juge est amené à sanctionner un résultat absolument inacceptable, vu les fondements de son ordre juridique, il invoque l'« ordre public » pour échapper à ce résultat. L'ordre public, c'est le noyau dur des principes sous-jacents à son ordre juridique. Cela n'exclut pas du tout une évolution. En Europe, par exemple, la sensibilité au respect des droits de l'homme, y compris l'égalité des sexes, est maintenant beaucoup plus aiguë qu'il y a soixante ans, et cela se traduit dans la conception qu'on se fait de l'ordre public dans la situation contemporaine.

Il y a des différences entre les Etats pour ce qui concerne l'ordre public au sens du droit international privé. Le juge étatique se doit de rester dans la ligne de l'ordre public de son Etat, et il n'y a pas lieu d'accorder au tribunal arbitral siégeant dans le même Etat une marge de manœuvre plus large.

42. Peut-être ces développements sont-ils un peu trop théoriques, parce que si l'arbitre s'arroge, en fait, pour quelque motif que ce soit, une plus grande liberté, qui l'en empêchera? Il faut bien se rendre compte que, avant de faire droit à la requête d'accorder l'« exequatur » à une sentence arbitrale, le président du tribunal étatique compétent ne peut exercer qu'un pouvoir de contrôle des plus restreints. Si les parties s'engagent dans la voie de l'arbitrage, elles le font à leurs risques et périls, et le président du tribunal n'a pas vocation à exercer une surveillance plus que minimale sous réserve, bien entendu, de l'ordre public de l'Etat dont il relève.

En fait, un tribunal arbitral peut choisir une ligne de conduite à lui et prendre une certaine distance à l'égard de ce que le juge étatique est censé faire. Voilà ce qui explique peut-être une évolution dans le domaine de l'arbitrage.

43. Souvent les arbitrages qui ont pour objet un litige relatif à un gros contrat international, ont lieu sous le drapeau, c'est-à-dire sous l'autorité d'un centre d'arbitrage de réputation internationale, telle la Cour d'arbitrage de la Chambre du Commerce Internationale dont le siège se trouve à Paris. Cette autorité n'est aucunement juridique. Il s'agit d'institutions privées; par conséquent, cette autorité se fonde sur l'excellence des arbitres aussi bien que la bonne qualité des sentences et la surveillance de la procédure. Une telle institution veille à ce que les arbitrages qui ont lieu sous ses auspices soient impeccables à tous les points de vue, tout en respectant d'ailleurs l'opinion des arbitres sur le fond du litige.

La Cour d'arbitrage de la CCI a établi des règles sur l'arbitrage, dernièrement celles entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1998⁷. À l'article 17 on lit: «1. Les parties sont libres de déterminer la loi que devra appliquer l'arbitre au fond du litige. A défaut d'indication par les parties du droit applicable, l'arbitre appliquera la loi désignée par la règle de conflit qu'il jugera appropriée en l'espèce». Cette rédaction semble laisser à l'arbitre une latitude certaine. En tout cas, il est clair que l'arbitre ne se trouve pas obligé par ce texte de se conformer aux règles de droit en vigueur au siège de l'arbitrage.

On ne peut méconnaître qu'il y a une certaine tension entre les règles de la CCI et le point de vue plus rigoureux et - dirais-je - plus orthodoxe, qui a été affirmé plus haut. Le moins qu'on puisse faire remarquer, c'est qu'il n'y a aucune référence à l'ordre public d'un Etat, ou même à l'ordre public tout court. Une référence très indirecte à l'encadrement étatique se retrouve à l'article 22 des mêmes règles, libellé comme suit: «La sentence arbitrale est réputée rendue au siège de l'arbitrage et au jour de la signature par l'arbitre».

La question qui se pose est celle de savoir si un arbitre, comme un arbitre nommé dans le cadre de la CCI, peut jamais se détacher de son point d'ancrage étatique pour se situer à un niveau plus élevé, ou du moins différent, pour pouvoir statuer avec autorité sur la valeur juridique des faits et gestes d'un Etat et d'un gros investisseur étranger parties à un grand contrat. Autrement dit, sa sentence pourra-t-elle être jamais davantage qu'une sentence française, ou égyptienne, ou ivoirienne? La question prend plus de relief si on se rend compte que, selon une

⁷ ICC Rules of Arbitration, 36 I.L.M. 1604-1620 (1997), Publication CCI no. 581 (1997).

doctrine bien implantée, surtout dans le monde anglo-saxon, c'est «lex facit arbitrum»: il faut à l'arbitre une loi, un ordre juridique, qui sert de base à sa fonction d'arbitre. Si on reconnaît la validité de cette idée, l'arbitre qui serait tenté de se détacher de sa base dans un ordre étatique, devrait en trouver une autre!

44. Il faut bien distinguer ses sentences de celles rendues indiscutablement au niveau du droit international public pour trancher un différend entre deux Etats.

45. Dès maintenant, il y a lieu de signaler que la Cour Permanente d'Arbitrage pour qui le Palais de la Paix situé à La Haye a été érigé,⁸ a étendu depuis 1962 son domaine d'activités aux litiges entre des Etats et des entreprises étrangères.⁹

La question se pose de savoir si les sentences rendues sous l'égide de cette Cour laquelle a été créée par un traité, doivent également être censées avoir leur point d'ancrage dans un ordre juridique.

b. Les effets utiles d'une sentence arbitrale

46. Une fois rendue la sentence arbitrale pour trancher un différend relevant du commerce international, l'exequatur apposé par l'autorité compétente du lieu d'arbitrage donne à la sentence la force exécutoire laquelle, cependant, se restreint nécessairement au territoire de l'Etat dont relève cette autorité.

47. La question se pose de savoir si une telle sentence a, en tant que telle, effet en dehors de l'Etat où elle a été rendue. La réponse est nettement à l'affirmative grâce à une grande convention internationale mise au point au sein de l'ONU. Il s'agit de la Convention du 10 juin 1958 de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères et qui est entrée en vigueur depuis pour au moins 107 Etats parmi lesquels la Côte d'Ivoire, le Mali, le Sénégal, le Niger, le Nigeria, la France, les Pays-Bas. Ce succès extraordinaire en dit long sur l'importance de l'arbitrage dans la pratique quotidienne du commerce international et, à son tour, a certainement renforcé l'essor de l'arbitrage.

La Convention n'exige pas que, pour être reconnue et exécutée, la sentence ait été munie de l'exequatur dans l'Etat d'origine. On a abandonné le système du «double exequatur», ce qui prête à réflexion.

⁸ J.P.A François, *RCADI* 1955 I, tome 87, p. 457 (541 e.s.), Geneviève Guyomar, *Annuaire français de droit international* 1962, p. 377-390.

⁹ V. Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two Parties of which only one is a State, 1993, publication du Bureau international de la Cour permanente d'Arbitrage; *Yearbook of Commercial Arbitration* 1994, p. 338.

Il faut signaler que les motifs possibles pour refuser la reconnaissance et l'exécution ont été limités, mais ils existent et il y a toujours, à l'Article V, deuxième alinéa sous lettre b, le soupape de sûreté de l'ordre public, à savoir «l'ordre public de ce pays», c'est-à-dire le pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises.

48. Cependant les voies judiciaire et arbitrale tendent à provoquer une lutte plus ou moins acharnée, et cela est moins souhaitable pour des contractants qui se voient condamnés à ne pas cesser de coopérer dans une bonne entente. Plus récemment, on a pu constater des tentatives pour éviter un conflit et n'en trouver pas moins une solution aux problèmes qui se posent

C. Voies alternatives de solution

49. Je ne fais que signaler que tant la Chambre du Commerce Internationale que la Cour Permanente d'Arbitrage et le CIRDI, le Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements, ont établi des règles de conciliation à côté de celles relatives à l'arbitrage en bonne et due forme.

III. Le contrat d'Etat: la recherche d'un statut juridique adéquat

50. Le terme contrat d'Etat constitue déjà un indice de ce que, pour certains contrats, le fait que l'une des parties est un Etat ou un organisme étatique a pour effet que ces contrats aient un statut particulier. Il y a des Etats où, en droit interne déjà, on fait la distinction entre les contrats commerciaux de droit commun et les contrats administratifs dont le régime réserve une position spéciale à la partie qui a à s'acquitter de responsabilités de droit public ou, tout simplement, de responsabilités politiques.

Cette distinction se retrouve dans le cadre des relations internationales. Il y a un grand nombre de contrats internationaux purement de droit privé auxquels l'une des parties est un Etat ou un organisme étatique, mais à côté de ceux-ci, on rencontre des contrats internationaux entre, d'une part, un Etat ou un organisme étatique, et d'autre part, une entreprise étrangère, qui revêtent pour l'Etat concerné une importance extraordinaire, à tel point qu'une tension certaine puisse exister entre son rôle de partie à un contrat de droit privé et ses responsabilités politiques.

Etant donné qu'un tel contrat se situe dans le cadre des rapports internationaux, il ne faut pas exclure que la responsabilité internationale de cet Etat soit mise en cause. Quelle est la marge de manœuvre dont dispose un Etat sur la scène internationale en tant que partie à un contrat de très grande importance avec une entreprise étrangère?

Voilà l'idée d'un régime spécial pour une catégorie de contrats, nommés contrats d'Etat et dont la portée est à explorer!

51. Il convient d'approfondir un peu la prise de conscience des problèmes typiques des contrats d'Etat et de passer en revue les moyens traditionnels pour y faire face (partie A). Ensuite, le terrain étant déblayé, le moment sera venu pour explorer des théories plus ou moins audacieuses qui veulent présenter un statut juridique adéquat (partie B).

A. Les problèmes typiques et les moyens traditionnels pour y faire face

52. Essayons d'abord de nous rendre compte des problèmes (a) pour ensuite passer en revue les moyens traditionnels (b).

a. Les problèmes typiques des grands contrats passés par un Etat ou un organisme étatique

53. «Pacta sunt servanda» est le vieil adage: il faut loyalement exécuter ses engagements contractuels. Cela doit rester le principe sous peine de l'autodestruction de la notion de contrat, ce qui se confirme du fait qu'on rencontre des engagements moins fermes, donc avec une réserve plus ou moins implicite, comme les «gentlemen's agreements», «letters of intent».

Ce principe devra rester intact, même au cas de grands contrats commerciaux qui entraînent de grands investissements avec des risques qui sont du même ordre. La construction d'un tunnel sous la mer, (V. la Manche), ou d'un réseau ferroviaire, à même le sol ou souterrain, la mise en exploitation de gisements de minerais, la construction d'une centrale électrique nucléaire: on trouve facilement d'autres exemples pour prendre conscience des risques «normaux» que prennent de grandes entreprises qui s'engagent au niveau de leurs ambitions et de leur sens de leur mission. Il leur faut réunir un capital énorme de connaissances vérifiées,

d'expériences, de savoir-faire, de sens de l'organisation très disciplinée, de moyens financiers et, en premier lieu, de personnes hautement qualifiées sur des terrains très divers.

54. Pour une telle entreprise, dans le calcul de ses aventures éventuelles, un facteur qui mérite une attention toute particulière, c'est que le cocontractant est ou bien un Etat, ou bien un organisme étatique, qui ne peut résister, ou guère, aux instructions ou suggestions des hautes autorités gouvernementales. Ces autorités, ce sont des personnes qui s'emploient à survivre et à réussir politiquement et, ce faisant, normalement, à réaliser ce qui est, de leur avis, de l'intérêt primordial de leur nation, de leur Etat. La raison d'Etat, bien comprise, semble leur dicter de faire toujours une réserve si elles assument un engagement qui, le cas échéant, pourrait, un jour s'avérer être contraire aux intérêts supérieurs de l'Etat ou même de l'unité territoriale concernée d'un tel Etat.

Si un Etat a de bonnes raisons pour s'attendre à de grands investissements provenant de l'étranger, il peut craindre que des secteurs importants de l'économie nationale et de la vie sociale de l'Etat ne soient désormais dominés par des personnes étrangères qui ne doivent pas une loyauté particulière à cet Etat. On peut même craindre une dépendance de puissances étrangères ou même une exploitation des richesses naturelles de l'Etat exclusivement, ou presque, en faveur des intérêts étrangers. Une telle situation porte atteinte, incontestablement, à la fierté nationale, à la conscience de la souveraineté, peut-être nouvellement acquise, de la nation et, de ce fait, peut provoquer des réactions soit équilibrées et bien motivées, soit plutôt convulsives et émotives.

55. L'observateur s'explique qu'un Etat d'accueil d'investissements établit un régime consistant de conditions générales pour les investissements provenant de l'étranger. Un tel régime aura le statut d'une loi de police. Les contrats, quelle que soit d'ailleurs la loi applicable, devront s'y plier, un tel régime étant «super-impératif». Il arrive qu'une telle loi impose une coopération entre l'investisseur étranger et une entreprise de souche nationale, même en la forme d'une «joint entreprise», d'une société selon la loi nationale dont l'investisseur étranger n'aura pas le droit de détenir plus de 49 % des actions, par exemple.

On peut s'imaginer une grande variété de conditions, de formes de contrôle et de surveillance.

Directement, ou au moins indirectement, l'intérêt national de l'Etat qui reçoit l'investissement constitue l'enjeu. Plus important, du point de vue économique ou politique, est l'investissement, plus grand est le sentiment des autorités qu'il faut se réserver une soupape de sûreté, un échappatoire.

Cette soupape de sûreté peut être la voie pour prendre des mesures de genres divers, plus ou moins exorbitantes, telles la nationalisation, ouverte ou camouflée, la suspension ou des modifications des clauses du contrat, ou des changements des circonstances de fait dans lesquelles l'exécution du programme d'investissements doit avoir lieu. Tandis que, de leur côté, les investisseurs s'efforcent de garantir un régime de stabilité et prévoient des clauses de stabilisation, c'est-à-dire des clauses tendant à empêcher l'Etat de modifier sa législation dans un sens qui leur est défavorable pour eux, les Etats recevant les investissements se réservent au moins des possibilités de renégociation, le rapport contractuel étant considéré comme plutôt dynamique au lieu de statique.

Voilà une particularité intrinsèque des contrats avec des autorités publiques, d'autant plus grande que ces autorités sont plus hautement placées dans l'ordre hiérarchique de l'Etat.

56. On s'explique que les grandes entreprises étrangères qui envisagent de grands investissements, cherchent à couvrir ces risques particuliers en s'assurant de l'appui politique de la part de leur propre gouvernement, et ce, tout spécialement si les investissements considérés revêtent un intérêt vital pour ces entreprises elles-mêmes. Aussi faudra-t-il passer en revue les voies traditionnelles pour couvrir les risques spéciaux.

b. Les moyens traditionnels pour faire face aux problèmes typiques des grands contrats passés par un Etat

57. On s'explique que le gouvernement d'un Etat pour qui une grande entreprise constitue un élément important de sa puissance économique, ne peut rester insensible aux problèmes que pourrait rencontrer une telle entreprise lors des activités qu'elle déploie à l'étranger. Depuis longtemps, les diplomates ne pensent plus qu'il soit en dessous de leur dignité de vendre du fromage ou des fleurs! Il y a une alliance naturelle entre le gouvernement d'un Etat, d'une part, et les grandes entreprises constitutives de sa puissance économique et, de ce fait, politique, d'autre part. Aussi cette alliance se traduit-elle dans un soutien plus ou moins vigoureux par un tel gouvernement.

58. L'un des instruments bien connus est celui de la protection diplomatique. Cela revient à ce que le gouvernement de l'Etat d'origine, prenant fait et cause pour l'investisseur, intervient en sa faveur auprès de l'autre gouvernement en déposant ses plaintes et réclamations. En droit international public, le droit d'exercer la protection diplomatique est l'un des droits d'un Etat. C'est le gouvernement de l'Etat qui décide ou non d'exercer ce droit comme bon lui semble. La personne privée, ou l'entreprise concernée, ne peut y contraindre son gouvernement, ni l'empêcher d'exercer ce droit.

Malgré une doctrine qui porte le nom du juriste latino-américain Calvo, ce droit n'appartient pas à la personne concernée. Aussi celle-ci ne peut-elle pas en disposer, y renoncer, ou s'engager à ne pas l'exercer dans un contrat avec un Etat étranger.

Si des citoyens d'un Etat possèdent la grande majorité des actions dans une société qui se trouve être constituée selon la loi d'un autre Etat, c'est seulement ce dernier Etat qui peut exercer le droit de la protection diplomatique.¹⁰

59. Les investissements étrangers n'étant plus des phénomènes isolés, il n'y a pas lieu de s'étonner qu'un grand nombre de traités bilatéraux et multilatéraux entre les gouvernements des Etats intéressés, contiennent des stipulations relatives aux investissements.¹¹ Ces traités sont destinés à servir de «parapluie» aux investissements, à les protéger de certains aléas, ou du moins à canaliser ceux-ci.

Un traité multilatéral de première importance est celui de Lomé du 15 décembre 1989 (Lomé IV) entre les Etats membres de l'Union européenne, d'une part, et les soixante-huit Etats ACP, d'autre part, et qui a été conclu pour une durée de dix années.

60. Pas mal d'Etats intéressés à voir leur industrie se déployer à l'étranger lui apportent un encouragement sous la forme d'un régime d'assurance, ou de réassurance, contre les risques non-commerciaux propres à certains investissements étrangers.

61. Il y a aussi un intérêt général de développement économique tant des Etats investisseurs que des Etats qui ont besoin d'investissements. Cela explique que, de nouveau, la Banque mondiale est intervenue en prenant l'initiative d'une convention multilatérale relative à l'assurance des risques non-commerciaux liés à certains investissements à l'étranger. La Convention de Séoul du 11 octobre 1985 a

¹⁰ Cour Internationale de Justice, affaire Barcelona Traction, 1970.

¹¹ E. Gaillard, *Journal de droit international* (Clunet) 1998, p. 241 e.s.(242): plus de 1100.

institué l'Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (ratifiée (état 1994) par plus de cent-vingt-cinq Etats).¹² La Convention prévoit des contrats de garantie entre l'Agence, subrogée aux droits de l'investisseur, d'une part, et l'Etat partie au contrat, d'autre part.¹³

62. Ce qui précède permet déjà de conclure que le grand contrat international d'investissement entre un Etat et un investisseur étranger, s'il est une opération relevant du droit privé, n'en intéresse pas moins l'Etat d'origine de l'investisseur, et ce de très près!

Le moins qu'on puisse affirmer c'est qu'un tel contrat et le rapport entre les Etats concernés exercent une influence réciproque macro-économique, politique aussi bien que juridique, le contenu et la portée du contrat étant influencés de près par le traité que, le cas échéant, les Etats ont conclu entre eux, les aléas du contrat se répercutant sur le rapport entre ces Etats. Au moins, le droit international public a-t-il un rôle sous-jacent à remplir du fait que l'inexécution du contrat de la part de l'Etat qui reçoit l'investissement peut constituer en même temps une infraction aux règles du traité-parapluie.

La question se pose de savoir si l'enjeu économique et politique des grands contrats en question ne permet pas d'envisager une nouvelle extension du droit international public pour trouver une réglementation qui soit adéquate aux grands intérêts à concilier.

B. Le contrat d'Etat: nouveau chapitre du droit international public?

63. Une telle question ne devra pas recevoir d'emblée une réponse négative. Le droit international public est un ordre juridique vivant et qui n'est aucunement statique. Au contraire, il se développe sans cesse. Non seulement il s'affirme par

¹² Texte français: *Revue générale de droit international public* 1987, p. 1427-1489; texte anglais: *Tractatenblad* 1986, nr 39, p. 1-35, et 24 I.L.M. 1598-1637 (1986) avec une note introductive de Voss, p. 1598-1605.

D'autres initiatives de la Banque mondiale sont: la International Finance Corporation, le Foreign Investment Advisory Service, le World Bank Investment Guarantee Programme, et l'Initiative on Private Investment in Infrastructure.

¹³ Emmanuel Jos, AGMI: une contribution positive mais insuffisante pour promouvoir des investissements utiles aux pays en développement, *Revue générale de droit international public* 1994, p. 387-416.

des codifications de chapitres très importants, tels le droit des traités, le droit des relations diplomatiques et consulaires, le droit de la mer, mais de nouveaux problèmes demandent de nouvelles règles, même au niveau du droit international public: la misère du «tiers monde», la pollution de l'environnement, les télécommunications, la conquête de l'espace ne peuvent laisser indifférents les internationalistes. Or pourquoi réagir de manière négative sur le problème qui nous occupe? S'il n'y a pas de solutions tout prêtes, achevées, parfaites, cela ne justifie non plus une attitude négative. Il faut bien se résigner à une phase exploratoire, de gestation, d'amorce de développement. Un ordre juridique n'est jamais achevé!

64. Certes, les contrats qui nous intéressent ne sont pas des traités au sens de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 qui a pour objet les traités entre Etats, ou de celle de Vienne du 21 mars 1986 qui concerne les traités entre les Etats, d'une part, et les organisations internationales, d'autre part.¹⁴

65. Il n'en reste pas moins que des auteurs audacieux ont proposé une doctrine selon laquelle les contrats d'Etat, ou peut-être: des contrats d'Etats - la notion reste à préciser -, devraient trouver leur place dans le domaine du droit international public. Jusqu'à présent, cette doctrine n'est pas unanimement soutenue par les savants auteurs, loin de là.

Cependant, pour stimuler la réflexion, il est utile d'analyser cette théorie. Il y a bien des auteurs qui se sont étendus sur la question. Sans méconnaître les mérites des autres, il faut admettre que l'un parmi eux s'est particulièrement distingué. C'est le professeur Prosper Weil, de Paris.

66. Avant d'explorer sa théorie, il faut bien démêler un problème préliminaire, non négligeable, à savoir si une entreprise de droit privé peut jamais être sujet de droit de international public. Si, en toutes circonstances, la réponse doit être négative, il ne vaut pas la peine d'aborder la discussion sur le régime des grands contrats. Il faut admettre que, pour surmonter ce problème, tant la créativité intellectuelle que la volonté de désamorcer un nouveau développement du droit international public sont indispensables, tout comme pour d'autres sujets. On conviendra de l'existence du problème qui est trouver un statut juridique adéquat aux grands contrats qui nous intéressent.

La qualité de personne, de sujet de droit, dans le droit est-elle le résultat d'une observation pré-juridique? Ou, à réfléchir là-dessus, pourrait-on admettre que même la qualité de sujet de droit est un instrument de l'arsenal juridique qui, le

¹⁴ *International Legal Materials* 543 (1986), *Tractatenblad* 1987, nr 136.

cas échéant, permet de mieux régler les problèmes qui se posent? On se rendra compte de ce que, dans la théorie du droit privé, la notion de la personnalité morale n'est aucunement millénaire. Si, depuis longtemps, il y a des entités qu'on n'hésite plus à qualifier de personnes morales, cette qualification bénéficie largement des travaux de la théorie du droit des dix-neuvième et vingtième siècles. Il en est de même des organisations internationales en tant que personnes, sujets de droit international public dont le statut ne s'est établi que depuis une cinquantaine d'années sans s'être consolidé parfaitement.¹⁵ Si on constate que c'est le droit lui-même, le droit privé ou le droit international public - pour passer outre aux autres domaines du droit comme le droit pénal et le droit administratif - , qui produit l'instrument de la personnalité juridique, il est légitime de s'interroger sur la question de savoir si le droit international public ne serait pas bien avisé d'admettre un nouveau développement de la notion de la personne, de sujet de droit, pour être en mesure de mieux remplir sa mission. Pour le moment, on ne peut que constater que cet obstacle préliminaire est loin d'être éliminé.

67. Supposons, toutefois, pour la cause de la réflexion, ce problème résolu et revenons sur l'exposé de M. Weil. Il fait une distinction entre, d'une part, l' 'ordre juridique dans lequel le contrat d'Etat prendrait racine et d'où il tirerait sa validité' et, d'autre part, l'ensemble des règles de droit qui régissent le contrat.

Pour clarifier cette distinction, il faut s'imaginer que le juge de l'Etat A est appelé à statuer dans une affaire internationale. Ce juge consulte les règles de droit international privé de cet Etat A pour conclure que le rapport de droit en question est régi par le droit de l'Etat B. Le droit de B sera appliqué en vertu de l'autorité de l'Etat A laquelle est, pour le juge de A, la seule autorité qui compte!

La question de savoir si le droit de B se veut applicable selon le droit international privé de B, n'intéresse pas du tout le juge de A, ou bien seulement dans la mesure où le droit international privé de A le permet ou le lui enjoint. L'autorité de B ne compte pas pour lui. De même, dans la théorie de M. Weil et des siens, ce n'est pas l'autorité de l'Etat A mais celle de l'ordre international en vertu duquel les règles applicables ont leur force normative.

On parlera, d'abord, sur l'ordre juridique de base (a), et, ensuite, sur les règles de droit applicables en vertu du renvoi par l'ordre juridique de base (b).

¹⁵ J. Brownlie, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1995, tome 255, p. 63-65; René-Jean Dupuy, *Manuel sur les organisations internationales / A Handbook on International Organizations*, (Académie de Droit International), 2^e éd., 1998, passim.

a. L'ordre juridique de base

68. On vient de rappeler que, dans ce monde, il n'y a pas qu'une seule vérité juridique. La vérité juridique est relative. Par exemple, chaque Etat a ses propres conceptions sur la manière de résoudre des problèmes de droit international privé!

Un jugement n'est chose jugée que dans le contexte étatique dont relève le juge qui a statué. La personne qui fait fonction de juge, tient cette qualité d'un Etat déterminé dont l'autorité compétente l'a nommée.

Il s'ensuit qu'il faut toujours se poser la question de savoir quel est l'ordre juridique en vertu de l'autorité duquel une règle de droit s'impose.

Prenons comme exemple un contrat d'Etat entre l'Etat A et une entreprise originaire de l'Etat B. Si le juge de A statue, son jugement, devenu définitif, contiendra la vérité juridique de A, laquelle ne s'impose aucunement dans l'Etat B, à moins que le droit de B le permette. Et inversement, si c'est le juge de B qui rend un jugement, ce jugement contient la vérité de B qui ne s'impose pas dans l'Etat A. Ce résultat n'est pas satisfaisant étant donné qu'il faut une seule vérité juridique qui lie les deux Etats concernés et qui leur soit commune, l'Etat B étant concerné à cause des liens inextricables entre les intérêts propres de B, économiques et politiques, et ceux de l'entreprise partie au contrat d'Etat. On comprendra que, pour échapper à cette impasse, certains auteurs ont proposé de recourir au droit international public comme ordre juridique de base, ordre juridique d'enracinement, qui est censé lier les deux Etats, tout comme les autres Etats d'ailleurs, c.à.d. un ordre juridique qui a autorité à leur encontre.

69. Il semble être tout à fait conforme à cette idée de penser qu'elle ne vaut pas seulement pour le droit matériel, c.à.d. pour les règles qui régissent le rapport contractuel, mais également pour les autorités appelées à trancher au cas de litiges. Autrement dit, c'est en vertu de l'autorité de l'ordre juridique international que les règles de droit, à préciser ultérieurement, s'appliquent. Et c'est en vertu de ce même ordre juridique international que les jugements et les sentences sont rendus et ont leur valeur juridique.

70. Il convient de préciser quelques conséquences de l'idée que le droit international public sert l'ordre juridique de base, d'enracinement. M. Weil souligne que le

droit international des contrats comportera une autonomie certaine au sein de l'ensemble du droit international.¹⁶

71. D'abord, c'est le droit international lui-même qui dira pour quels contrats d'Etat il peut utilement servir d'ordre juridique de base; autrement dit, une fois admis que le droit international remplit cette fonction, il semble logique de penser que les parties à un contrat d'Etat doivent s'y plier.

- Elles ne peuvent renoncer à ce statut. Elles ne peuvent non plus attribuer ce statut à un contrat qui n'en relève pas. Cela ne dépendra pas du bon plaisir des parties au contrat d'Etat. V. cependant la Convention de Mexico, article premier, troisième alinéa.¹⁷
- Il n'incombera pas non plus au droit international privé des Etats de déterminer que certains contrats relèvent du droit international. Si le droit international privé français permettait aux parties de choisir le droit international comme régime de leur contrat international, ce seul fait ne suffirait pas pour conclure que le contrat a été enraciné dans l'ordre juridique proprement international! Il faut une notion objective du contrat qui trouverait sa base juridique dans le droit international public. On a toujours pensé à des contrats d'une très grande portée économique et/ou politique, en premier lieu aux «contrats de développement économique».

72. Ensuite, c'est ce seul ordre juridique de base qui détermine les limites entre lesquelles les parties au contrat d'Etat peuvent désigner des règles de droit applicables à leur contrats.

Le parallèle avec le droit international privé des Etats est frappant. Si, par exemple, pour un juge français, l'ordre juridique français est l'ordre juridique d'enracinement, c'est le droit international privé français qui détermine les modalités de l'autonomie des parties à un contrat international.

¹⁶ Mélanges Goldman, *Le droit des relations économiques internationales*, Paris 1982, article intitulé 'Principes généraux du droit et contrats d'Etat', p. 387 e.s. (412).

¹⁷ This Convention shall apply to contracts entered into or contracts to which States or State agencies or entities are party, unless the parties to the contract expressly exclude it. However, any State party may, at the time it signs, ratifies or accedes to this Convention, declare that the latter shall not apply to all or certain categories of contracts to which the State or State agencies and entities are party.

73. Si, du point de vue de l'ordre juridique international, il va de soi que pour un tel contrat d'Etat, les lois de police de l'Etat qui reçoit l'investissement s'appliquent en principe, cet ordre international en déterminera, le cas échéant, les bornes.

Même si on respecte sans réserve la souveraineté de cet Etat, il est concevable que ses lois sont jugées excessives du point de vue d'un juste équilibre entre les parties au contrat et du rapport sous-jacent des Etats concernés. Voilà le noyau de droit impératif d'un «ordre public» faisant partie du droit international!

Le besoin de cet équilibre peut se faire sentir également en faveur de l'Etat concerné si, par exemple, une renégociation s'impose dans les circonstances malgré les clauses du contrat.

74. L'idée selon laquelle le droit international public sert d'ordre juridique d'enracinement pour les contrats d'Etat ne peut rester sans conséquences pour le statut des tribunaux appelés à juger au cas d'un litige relatif à un contrat d'Etat. Le développement du droit international public ne peut s'arrêter à mi-chemin. Il faudra bien que l'autorité des sentences arbitrales, celle des arbitres appelés à statuer dans notre matière, puisse se fonder également dans le droit international public comme étant l'ordre juridique de base. Quelle autorité une sentence arbitrale pourrait-elle avoir dans les rapports inter-étatiques si elle ne pouvait se prévaloir que de l'autorité de tel ou tel ordre étatique? Ou d'une clause contractuelle isolée et sans point d'ancrage dans un ordre juridique?

Il faut bien se rappeler qu'il est de l'intérêt supérieur de l'ensemble des Etats, du développement économique à l'échelle mondiale, qu'un régime commun, super-étatique ou supranational, soit développé. Il y va de l'intérêt général de l'ensemble des Etats, des nations. Les sentences rendues par les arbitres, dans la pleine conscience de cette mission - qui ne manquera pas de leur servir de source d'inspiration - constitueront les éléments - précieux, indispensables même - d'un tel régime.

Il s'ensuit que la validité de la clause arbitrale devra être une question de droit international public. L'un des éléments du régime de la procédure arbitrale pourrait être que la validité de la clause arbitrale ne dépende pas de la validité du contrat dont cette clause fait partie. Une mesure unilatérale d'un Etat tendant à supprimer le contrat laisserait intacte la clause arbitrale qui en fait partie. On est d'accord pour reconnaître l'autonomie à cette clause.¹⁸

¹⁸ V. la sentence préliminaire de R.J. Dupuy du 27 novembre 1975, *International Law Reports*, Volume 5, p. 389 e.s., nos 15-18, dans l'affaire Texaco-Libye.

Un indice intéressant pour la nature juridique des arbitrages dont s'agit, est que si l'une des parties s'abstient de proposer une personne comme arbitre, l'autre partie est autorisée à en faire la requête auprès du président ou d'un membre de la Cour Internationale de Justice.

75. Un tel arbitre n'a-t-il pas de *lex fori*, comme l'affirment souvent les auteurs? Si un arbitre se permet de se détacher de l'ordre étatique, son statut devient des plus incertains. N'est-il pas vrai que «*lex facit arbitrum*»? Un jugement, et de même une sentence arbitrale, ne se conçoit pas sans l'encadrement dans un milieu social structuré. L'arbitre lui-même se doit de se rendre compte du milieu social où sa sentence doit s'intégrer. Une telle sentence doit se fonder, le cas échéant, sur des règles de droit, des principes empruntés à un milieu social réel, non théorique, ne serait-ce que la *lex mercatoria* comme droit commercial extra-étatique dont l'existence ne peut être ni niée ni indéniablement affirmée. Quoi qu'il en soit, pour notre matière, la *lex fori* de l'arbitre sera le droit international public.

Il lui faut une telle base solide pour qu'il soit en mesure de trancher des questions très délicates comme celle de savoir si une loi de police de l'Etat concerné est excessive pour ce qui concerne, soit son contenu, soit son domaine d'application.

Il n'est pas indifférent de savoir quelles règles de droit régissent la formation et le contenu du contrat d'Etat.

b. les règles de droit qui régissent le contrat d'Etat

76. Il ne suffit pas d'affirmer que le contrat d'Etat a son enracinement dans le droit international public; il faut savoir quel régime est prévu et où trouver ces règles.

77. Certains auteurs estiment que même les parties à un contrat qui ne s'enracine pas dans le droit international public peuvent choisir ce droit comme loi applicable. Bien qu'il ne soit pas du tout certain que, par exemple, la Convention de Rome permette un tel choix, l'idée d'un tel «contrat internationalisé» - pour reprendre l'expression de M. Weil¹⁹ - paraît ne pas être absurde du côté du droit international public. M. Weil lui-même pense que le droit international compte déjà un nombre de règles importantes.²⁰

78. En l'absence d'un choix des parties de la loi applicable, il semble à M. Weil aller de soi que le contrat d'Etat soit régi par le «droit international des contrats».

¹⁹ V. son article aux *Mélanges Reuter*, 1981, nos 18 e.s.

²⁰ V. son article aux *Mélanges Goldman*, 1982, p. 387 e.s. (412-414).

79. Cependant, ce droit international, en tant qu'ordre juridique de base, d'enracinement, n'exclut pas que les parties à un contrat d'Etat bénéficient d'une autonomie qui leur permet de faire un choix de règles de droit destinées à régir le contrat. Ainsi l'autonomie des parties à un contrat international, bien connue dans le droit international privé de la quasi-totalité des Etats, trouve-t-elle un parallèle dans le domaine qui nous intéresse. En vertu de cette autonomie - qui trouve son fondement dans le droit international public en tant qu'ordre juridique de base -, les parties à un contrat d'Etat choisissent une loi comme un système de «renvoi» ou de «référence», pour reprendre la terminologie de M. Weil.

80. Cependant, l'autonomie des parties à un contrat d'Etat ne présente pas un parallélisme complet avec celle consentie par le droit international privé des Etats en matière de contrats internationaux tel qu'il ressort des deux conventions multilatérales qui ont été passées en revue, celle de Rome de 1980 et celle de Mexico de 1994. Si le régime de ces conventions connaît une conception très large de l'autonomie des parties, il y a des limites et des restrictions. Ces restrictions ne se retrouvent pas dans le domaine des contrats d'Etat:

- il faut rappeler que le droit international privé commun n'admet pas le choix d'une loi «gelée» à une certaine date, ou bien une clause de stabilisation;
- le droit international privé commun ne permet pas non plus le choix du droit international public comme loi applicable;
- il en est de même du choix du droit international privé d'un Etat; l'autonomie des parties à un contrat commercial international se limite aux questions qualifiées de contractuelles et ne leur permet pas de choisir l'ensemble d'un système de droit international privé;
- de même, le choix des règles communes aux droits de deux Etats ou plus, n'est pas permis en droit international privé commun.

Une précision s'impose. Tout comme la loi désignée par la règle de conflit étatique, ou choisie en vertu du droit international privé étatique, comprendra des règles impératives et auxquelles les clauses contraires du contrat, s'il y en a, devront céder la priorité, la loi choisie pour régir le contrat d'Etat comprendra également des règles impératives et qui seront fatales à toute clause contraire. Aussi la loi choisie pour régir le contrat d'Etat n'a-t-elle pas le statut d'un ensemble de règles incorporées au même rang que les clauses expresses d'un tel contrat.

Cependant, on rencontre d'autres conceptions encore dans le domaine de l'autonomie des parties à un contrat d'Etat. Par exemple, dans certains cas, la loi choisie ne remplit qu'une fonction restreinte: elle ne fait que fournir des règles de

droit pour ce qui, dans un contrat déjà très détaillé, s'avérera ne pas avoir été expressément réglé. Cela revient donc à ce que les clauses expresses ont la priorité même sur les règles impératives de la loi choisie.

81. La constatation s'impose selon laquelle l'autonomie des parties à un contrat d'Etat est conçue dans un sens beaucoup plus large. Cela requiert bien un fondement dans un système de droit, un ordre juridique. Il faut bien estimer que, si les parties ont négligé de faire usage de cette autonomie très large, les arbitres pourraient désigner les règles de droit applicables sans se heurter à des restrictions qui ne s'imposent pas non plus aux parties elles-mêmes.

Seulement, l'ordre public du droit international se fera sentir. Les résultats auxquels aboutira la loi choisie pour le contrat d'Etat doivent être acceptables du point de vue du droit international, l'ordre juridique de base. De nouveau, on rencontre un parallèle avec le droit international privé des Etats. Si le droit international privé de l'Etat A désigne ou permet de choisir la loi de B, c'est toujours sous réserve de l'ordre public de A que la loi B sera appliquée.

Ainsi faut-il estimer, en raisonnant sur la base de ce parallélisme, que, selon le droit international, les parties ne puissent pas écarter, à l'aide du choix d'une certaine loi, les lois de police de l'Etat partie au contrat.

82. Si, du point de vue de l'ordre juridique international, il va de soi que, pour un tel contrat d'Etat, les lois de police de l'Etat qui reçoit l'investissement s'appliquent en principe, cet ordre international en déterminera, le cas échéant, les bornes. Même si on respecte sans réserve la souveraineté de cet Etat, il est concevable que ses lois sont jugées excessives du point de vue d'un équilibre juste entre les parties au contrat et du rapport sous-jacent des Etats concernés. Voilà le noyau de droit impératif d'un «ordre public» faisant partie du droit international!²¹

Le besoin de cet équilibre peut se faire sentir également en faveur de l'Etat concerné, si, par exemple, une renégociation s'impose malgré les clauses du contrat.

²¹ V. la sentence dans l'affaire Setenave-Settebello du 9 juillet 1985, à laquelle a été faite référence par W.L. Craig, W.W. Park, J. Paulsson, *ICC Arbitration*, Oceana 1990, p.654. Le motif no. 22 se lit comme suit: 'For these reasons we formed the view that if, but only if, the Decree-Law itself cannot be impugned Setebello would be liable to Setenave in damages for repudiation of its obligation to In our judgment, however, the nature, purpose and effect of this Decree-Law are such that to give effect to it here would be contrary to international law, to doctrines of public policy common to civilised nations in general including the forum where we sit, and to basic notions of equity'.

83. Il y a donc une différence très nette entre le droit international privé commun des Etats et le droit international privé de l'ordre juridique d'enracinement des contrats d'Etat. Où trouver le fondement juridique en dehors des ordres juridiques étatiques, si on se refuse à admettre que le droit international public le fournit?

IV Le contrat d'Etat et son statut juridique: l'état de la question

84. Les idées avancées par un groupe d'auteurs dont M. Weil est le protagoniste, ont le mérite extraordinaire d'un défi, à savoir le défi de trouver une réponse adéquate à un problème de grande portée qui doit ne pas être escamoté. Ces idées ouvrent une perspective, dessinent un développement possible du droit.

Le noyau dur en est l'idée selon laquelle le droit international public aura à remplir la fonction d'ordre juridique d'enracinement des contrats d'Etat. Aussi faut-il explorer si et dans quelle mesure cette idée a été accueillie favorablement dans la jurisprudence aussi bien que dans la doctrine. Force sera de conclure que cet accueil a été fort peu chaleureux d'un côté. De l'autre côté, le phénomène des contrats d'Etat n'est pas réduit à quelque chose qui ne sort pas du cadre du droit international privé traditionnel. Le droit positif et la doctrine sont encore en plein développement.

On ne pourra pas terminer ces réflexions sans étudier le cadre institutionnel créé en 1965 à Washington à l'initiative de la Banque mondiale, à savoir le CIRDI, pour ensuite considérer les mesures législatives prises par les Etats de l'Union Européenne conjointement avec les Etats ACP.

Le plan de ce chapitre IV sera donc le suivant:

- A. L'enracinement de l'idée de l'ordre juridique de base,
- B. Les cadres institutionnels multilatéraux.

A. L'enracinement de l'idée de l'ordre juridique de base

85. L'idée selon laquelle le droit international public serait, par excellence, l'ordre juridique dont l'autorité attribue la valeur juridique aux rapports contractuels

entre un Etat, d'une part, et une entreprise étrangère, d'autre part, a été soutenue, avant tous, par M. Weil. Elle a été reprise par M. René-Jean Dupuy dans la sentence arbitrale rendue par lui dans l'affaire célèbre de Texaco.²²

Bien que cette consécration ait ajouté nettement de l'autorité à la théorie, on ne peut s'empêcher de constater que cette sentence est restée seule, pour ne pas dire isolée.²³ Le développement annoncé par cette sentence n'a pas connu de suite, ou guère. Il n'en reste pas moins qu'elle ne cesse de provoquer un flux de commentaires, raison suffisante pour la considérer quand même comme un jalon important.

Il y a lieu de s'interroger sur les causes de ce manque de succès. Probablement, selon l'opinion de certains, la question qui se pose est celle de savoir si le droit international public est susceptible de remplir la fonction d'ordre juridique de base (a), tandis que, selon d'autres opinions, il faut s'interpeller sur l'idée de l'ordre juridique de base elle-même, quel qu'il soit (b).

a. Le droit international public est-il susceptible de remplir la fonction d'ordre juridique de base?

86. Il faut bien rappeler l'obstacle préliminaire qui consiste à reconnaître à l'entreprise étrangère la qualité de sujet de droit du droit international public, quand bien même une telle qualité serait soumise à des restrictions importantes. Si, après réflexion, cet obstacle s'avérait insurmontable, la valeur pratique de notre belle doctrine serait extrêmement modeste: un bon exercice purement académique.

Il n'en reste pas moins que le problème est là: il ne peut être escamoté parce qu'il n'est aucunement fantaisiste.

La communauté internationale, l'ensemble des Etats, ne peut se soustraire à ses responsabilités et à sa vocation de promouvoir le bien commun, qu'il s'agisse de la protection de l'environnement, de la lutte contre la famine et la misère de plus d'un milliard d'êtres humains, ou d'autres grands problèmes encore.

²² Sentence du 19 janvier 1977, *Journal du droit international* (Clunet), 1977, p. 350-389; 17 *International Legal Materials* 1-37 (1978); *International Law Reports* Vol. 53, p. 420-511; sentence préliminaire du 27 novembre 1975 (texte anglais), *International Law Reports* Vol. 53, p. 389-419.

²³ V. cependant Georges R. Delaume, *Issues of Applicable Law in the Context of the World Bank's Operations*, un article dans: *The Transnational Law of International Commercial Transactions*, éd. N. Horn, Clive Schmitthoff, Kluwer 1982, p. 317 (322).

L'une de ces responsabilités est de trouver une solution juridique aux problèmes que peuvent soulever les flux transfrontières de capitaux. Il en va incontestablement de l'intérêt des Etats, tant de ceux qui exportent que de ceux qui importent des capitaux comme instruments de développement économique à long terme et, de ce fait, intéressant l'infrastructure indispensable de l'Etat importateur. Il s'agit de ne pas méconnaître que, au plan international, se présente le problème déjà connu en droit interne dans plusieurs pays, à savoir que, pour certains contrats auxquels l'autorité publique, et notamment l'Etat, est partie, il y a inégalité des parties du seul fait que l'opération qui est seulement commerciale et économique du côté de l'entreprise, est pour l'autre partie, l'Etat, fonction de sa mission inaliénable de promouvoir le bien-être de la communauté étatique, de la nation.

Il faut ne pas atomiser le problème en considérant chaque contrat d'Etat comme un phénomène isolé. Au contraire, il y a une multitude de tels contrats, avec les mêmes problèmes sous-jacents, si variés qu'ils soient. Un défi se présente pour le droit; ce défi dépasse le niveau des Etats pris isolément. Etant donné que, dans une certaine mesure, ces contrats relèvent du secteur de la politique étrangère des Etats concernés, le droit international public se doit de développer un régime clair, bien équilibré, juste et rassurant tant pour les Etats que pour les grandes entreprises. Seulement ce qu'il faut à la communauté internationale, c'est la volonté ainsi que le courage nécessaires pour développer un tel régime. Il n'y a pas lieu de glisser dans un pessimisme sans issue. Le CIRDI ne pourrait-il pas être placé dans la perspective de ce développement souhaitable?

Mais d'abord, est-il nécessaire de se soucier d'un ordre juridique de base?

b. Un ordre juridique de base quel qu'il soit est-il indispensable?

87. Du côté des Etats plutôt pauvres et qui avaient, ou ont toujours, besoin d'injections de capitaux considérables pour mettre au point une infrastructure satisfaisante, on a beaucoup insisté sur la souveraineté nationale comme argument pour estimer que la loi de l'Etat importateur de capitaux soit la seule concevablement applicable et le juge d'un tel Etat le seul qui puisse être compétent. Ce point de vue n'a pas prévalu. Si le droit international public n'est pas non plus acceptable comme ordre juridique de base, quel autre ordre pourrait être retenu?

88. M. Pierre Mayer, de son côté, a contesté la légitimité de la question.²⁴ Il se

²⁴ *Mélanges Goldman*, article intitulé 'Le mythe de l'ordre juridique de base' (ou Grundle-

déclare d'avis que l'arbitre n'a pas besoin d'un ordre juridique comme loi de son «for»: l'arbitre s'intègre dans le cadre préconstitué du rapport contractuel des parties, et il donne ses meilleures vues tandis que, au moment où la reconnaissance et/ou l'exécution dans un Etat quelconque est désirée par l'une des parties, l'autorité compétente de cet Etat exercera un contrôle restreint.

L'éminent auteur s'est exprimé de la même manière sur l'arbitrage dans son cours à l'Académie de La Haye.²⁵ Il n'est pas le seul à soutenir cette thèse. On dirait que, dans cette manière de voir, l'arbitre n'a pas besoin d'un 'siège' pour la procédure. Le cadre contractuel que lui offrent les parties au contrat, lui suffit.

89. Dès avant les écrits de M. Mayer, cette manière de voir avait attiré l'attention de l'Institut de Droit international. MM. Van Hecke et Weil ont participé aux travaux qui ont abouti en 1979 à la résolution d'Athènes et, ultérieurement, aux travaux de l'Institut qui ont résulté en 1989 dans la résolution de Saint-Jacques-de-Compostelle. Bien que la résolution de 1989 ne soulève pas la question de l'ordre juridique de base - apparemment les conditions pour le moindre accord sur ce point n'étaient pas réunies-, M. Arthur von Mehren, rapporteur de la commission qui a préparé le projet de résolution, a cru bon de publier le texte de la résolution enfin adoptée, mais ce avec une note explicative.²⁶ L'auteur souligne que pour l'arbitrage, le compromis ou la clause arbitrale est absolument essentielle et, variant sur la maxime bien connue de F.A. Mann,²⁷ M. von Mehren écrit: «pactum facit arbitrum» Mais, tout en reconnaissant la primauté du pactum, il ne passe pas outre à notre problème. Il souligne en effet que, du point de vue juridique, l'autorité pour dire le droit n'émane pas d'un souverain obscur mais d'un ordre international. Cet ordre se fonde sur l'accord largement soutenu selon lequel ceux qui s'engagent dans les échanges commerciaux et économiques internationaux sont légitimés à mettre au point une procédure tendant à résoudre des différends, laquelle procédure existe et fonctionne indépendamment des ordres juridiques nationaux. De même, ces participants aux échanges internationaux sont légitimés à se mettre d'accord sur un ensemble de règles de droit matériel et de principes. Cette procédure pour résoudre des différends trouve son appui et

gung), p. 199-216, idem, article intitulé 'La neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat', *Journal du droit international* (Clunet) 1986, p.5-78.

²⁵ *RCADI* 1989 V, tome 217.

²⁶ *Yearbook of Commercial Arbitration* XVI (1991), p. 223, texte anglais.

²⁷ *Festschrift Martin Domke* 1967, article intitulé 'lex facit arbitrum'.

un degré d'effectivité dans les réalités économiques et sociologiques et notamment, dans l'existence d'une communauté commerciale internationale même si, dans certains cas, les autorités étatiques judiciaires et administratives se montrent réticentes.

Cette explication est vraiment surprenante. M. von Mehren a connu, en tant que rapporteur, les fonds et tréfonds des opinions émises par les membres savants de l'Institut et ne se trouve pas gêné à formuler ces observations comme une note explicative. Force est de constater que l'idée d'un ordre juridique de base n'est aucunement écartée. Seulement, cette qualité n'est pas attribuée au droit international public, mais plutôt à un ordre extra-étatique qui se fonde sur et dans le monde du commerce international lequel, d'ailleurs, n'est pas décrit plus en détail. 90. Si cette explication par M. von Mehren constitue un élément précieux pour le dossier relatif à la Lex Mercatoria, elle ne rend pas compte de l'aspect spécifique de notre problème, à savoir le fait que l'une des parties au contrat international a la qualité d'un Etat qui, en tant que tel, ne peut se soustraire à ses responsabilités politiques. Cependant, ce qui est positif, semble-t-il, dans la note de M. von Mehren, c'est que ce grand savant ne nie pas la pertinence de la question relative à l'ordre juridique de base. Si la doctrine de M. Weil et des siens n'est pas soutenue, la question n'est pas esquivée. Au contraire, sa pertinence est affirmée.

Cette affirmation aura donné satisfaction à la Chambre de Commerce Internationale, et notamment à sa Cour d'arbitrage. Cette institution a rempli une fonction essentielle dans la promotion de l'arbitrage a-national ainsi que de la Lex Mercatoria. On ne peut manquer de rappeler le soutien continu de Berthold Goldman comme celui d'autres juristes éminents. Goldman a déblayé une grande partie du terrain. Ce faisant, il a su faire un usage très efficace du vocable 'Lex Mercatoria'. Si on pouvait se contenter de l'arbitrage du commerce international en ne faisant plus de distinction entre cet arbitrage, d'une part, et l'arbitrage en matière de contrats d'Etat, d'autre part, la CCI et d'autres institutions comparables ne laisseraient plus de place au CIRDI. Le CIRDI et d'autres cadres analogues pourraient très bien être décisifs pour le développement de la question juridique qui nous occupe à présent.

B. Les cadres institutionnels multilatéraux

91. Comme il a été prévu, nous étudierons d'abord le CIRDI (a), et ensuite, le cadre établi en liaison avec le Fonds Européen de Développement de l'Union Européenne (b).

a. Le Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (CIRDI)²⁸

92. La Banque mondiale ou - officiellement - la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, remplit sa mission de manière salubre pour le flux international nécessaire de capitaux. Elle stimule l'économie mondiale et notamment le développement d'un nombre important d'Etats pauvres. Parmi d'autres instruments, elle se sert d'instruments juridiques. Nous avons déjà rencontré la Convention de Séoul de 1985 instituant l'Agence Multilatérale de Garantie d'Investissements (AMGI) et les directives relatives au traitement de l'investissement direct étranger du 21 septembre 1992.

Une autre convention, plus ancienne et plus importante encore, est celle du 18 mars 1965 de Washington. C'est cette convention qui est à la base du Centre. Début 2000, elle comptait 147 signatures et 131 ratifications.²⁹ Il faut tenir présents à l'esprit tant la mission mondiale ou universelle de la Banque que le fait que cette convention fait partie d'un ensemble d'instruments à l'aide desquels la Banque cherche à remplir sa mission.

93. Le Centre a été créé spécifiquement pour faciliter la résolution de différends qui trouvent leur origine dans des contrats d'investissement entre un Etat et un investisseur étranger. (V. le préambule)

Pour ce qui concerne sa structure, le Centre se trouve sous la direction d'un Conseil Administratif et d'un Secrétariat. Chaque Etat partie à la Convention a un siège au Conseil, lequel normalement est occupé par la personne qui représente ce même Etat en tant que gouverneur de la Banque.

²⁸ Site CIRDI: www.worldbank.org/icsid

²⁹ E. Gaillard, *Journal du droit international*, 1996, p. 273, 1997, p. 277-279, 1998, p. 241 e.s., 2000, p. 149, 2001, p. 149 e.s. Les Etats africains ont fait une contribution importante à la conception ainsi qu'à la mise au point du CIRDI, V. A.A. Agyemang, 21 *Comp. and Int. Law Quarterly Journal of South Africa*, 1988, p. 177.

Le Centre a la pleine personnalité juridique internationale, y compris la personnalité juridique en matière de droit privé (V. l'article 18). Il jouit d'immunités et de privilèges.

Le Centre a créé des centres régionaux à Kuala Lumpur et au Caire.³⁰

94. Son domaine d'activités, sa compétence s'étendent aux différends d'ordre juridique. Cela souligne qu'il s'agit de la question de savoir si certains actes ou certaines omissions sont conformes ou non au contrat concerné.

Le Centre ne s'occupe que de contrats entre un Etat et un ressortissant d'un autre Etat. Il est précisé que l'Etat partie au contrat peut être compris de manière à y englober telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre. Apparemment, les Etats ont une certaine latitude pour ne pas les désigner tous. Ou faut-il plutôt estimer qu'il incombe à l'Etat partie à la Convention de présenter une liste complète?³¹

Il est souligné qu'il faut une relation directe avec un investissement. Toutefois, la notion d'investissement n'est pas définie.

En tout cas, les grands investissements ne sont pas exclus. Les contrats y relatifs seront sans doute qualifiés de contrat d'Etat. Tant qu'il n'est pas certain que le contrat d'Etat obéit à un régime juridique particulier, la notion de contrat d'Etat reste passablement floue. Mais dès que le contrat d'Etat est compris comme un contrat qui revêt une certaine importance économique, voire politique pour l'Etat concerné, on pourrait s'imaginer des contrats qui ne sont pas des contrats d'investissement et des contrats d'investissement de moindre importance qui ne sont pas des contrats d'Etat. Il n'en reste pas moins que le Centre de Washington mérite notre attention à cause des liens avec notre sujet.

95. La notion de «ressortissant d'un autre Etat contractant» a été utilement précisée, de manière à souligner que le différend doit vraiment relever de l'ordre international, du moins pas seulement de l'ordre interne de l'Etat partie au différend. Or, la participation à la vie économique d'un Etat peut très bien prendre la forme juridique d'une société ou autre personne morale régie par la loi de ce même Etat. Mais cela n'exclut aucunement que le capital investi vienne de l'étranger et que des étrangers soient intimement intéressés au succès de l'opération. Un gouvernement étranger pourrait même être tenté de se prévaloir de son droit de protection

³⁰ Accord CIRDI, Kuala Lumpur du 5 février 1979, 22 *ILM* 522-523 [1983].

³¹ Moshe Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, Martinus Nijhoff 1993, p. 68-69.

diplomatique si l'arrêt de la Barcelona Traction de la Cour Internationale de Justice (1970) n'y faisait pas obstacle.

Les négociateurs de la Convention se sont rendu compte que tel ou tel Etat pourrait insister pour que des investissements étrangers soient canalisés par la voie d'une société constituée selon la loi de cet Etat. En cas de différend, un tel Etat pourrait être tenté d'arguer que ce différend est purement interne, étant donné que cette société, bien que sous contrôle étranger, n'est pas étrangère. Or une telle discussion pourrait décourager les investisseurs étrangers. Aussi les négociateurs ont-ils prévu, à l'article 25, deuxième alinéa, que le 'ressortissant d'un autre Etat contractant' signifie: .. lettre b: .. et toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date [la date à laquelle les parties ont consenti à soumettre le différend à la conciliation ou à l'arbitrage] et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, «de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers».

Cette disposition a fait l'objet de plusieurs sentences. Ainsi celle du tribunal arbitral constitué dans l'affaire Vacuum Salt Producers Ltd. - Ghana, sous la présidence de Sir Robert Jennings. Il a conclu que la compétence lui faisait défaut.³²

Le plus souvent, le «ressortissant d'un autre Etat contractant» au sens de l'article 25, premier alinéa, sera une société régie par la loi de cet Etat. Et, en principe, selon la coutume en droit international public, cet Etat pourrait se prévaloir de son droit d'exercer la protection diplomatique auprès du gouvernement de l'Etat qui est partie au contrat d'investissement. Parfois une telle démarche pourrait envenimer le climat de coopération qui est censé exister. Aussi faut-il signaler l'article 27 de la Convention, lequel oblige l'Etat originaire de l'investissement à ne pas faire usage de l'instrument de la protection diplomatique.

On peut soupçonner le dessein des initiateurs et des négociateurs d'assurer une ambiance de sérénité aux investissements de grande importance.

D'ailleurs, cet article 27 n'est qu'une extension de l'article 26 qui nous dit que le consentement à l'arbitrage selon la Convention est considéré comme impliquant renonciation à tout autre recours.

96. Dans le domaine ainsi délimité, le Centre ne peut passer à l'action que sur la base d'un accord écrit des parties pour soumettre leur différend au Centre.

³² *Yearbook Commercial Arbitration* XX (1995), p. 11-34.

Il est significatif que, dans de nombreux instruments internationaux, on trouve une clause d'arbitrage qui fait référence au CIRDI.³³

Cet accord lui-même peut très bien faire l'objet d'un désaccord. L'une des parties pourrait préférer ne pas s'engager dans l'une des procédures prévues, à savoir la conciliation et l'arbitrage, et contester qu'un accord est intervenu à cet effet. Plusieurs défenses sont concevables, comme

- le différend ne relève pas de la compétence du Centre;
- la personne qui a signé au nom de l'Etat a méconnu l'incapacité de l'Etat de compromettre.

Le problème qui se pose pour un tribunal arbitral est un problème préliminaire. Il en va de la compétence pour décider sur la compétence dans le cadre du CIRDI. C'est un problème notoire comme celui de la loi applicable à la question de savoir si les parties à un contrat international se sont mises d'accord sur la loi applicable dont dépendent l'existence et la validité du contrat.

Il faut bien un point de départ, un ordre juridique préexistant susceptible de fournir la solution. Le problème ne semble pas être soluble: il faut y trancher. Or, la Convention attribue la compétence sur la compétence à la commission de réconciliation, resp. au tribunal arbitral (V. les articles 32 et 41). Du moins peut-on estimer que l'Etat qui a ratifié la Convention s'est résigné à ce que le problème préliminaire dont s'agit soit tranché de la sorte.

Le problème a été examiné par l'Institut de droit international. La résolution de Saint-Jacques-de-Compostelle y consacre l'un de ses neuf articles. A l'article 4 sont énumérées les sources de droit où les arbitres peuvent puiser l'inspiration.

Il en est de même de l'exception de l'incapacité qui, souvent, aura l'air d'être une chicane. La Convention de 1965 y passe outre, mais l'Institut la déclare tout simplement mal fondée (V. article 5). Par conséquent, un Etat court le risque que l'un de ses organes méconnaisse les limites de ses pouvoirs en souscrivant une clause arbitrale.

³³ E. Gaillard, *Journal du droit international* 1996, p. 274, 1998, p. 241 e.s. (242); Paul Peters, *Exhaustion of Local Remedies: Ignored in most Bilateral Investment Treaties*, *Netherlands International Law Review* 1997, p. 233-247. M. Peters y étudie le jugement de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire ELSI, Recueil 1989, p. 41 e.s. Cette affaire opposait l'Italie aux Etats-Unis. Dans le jugement, la Chambre de la Cour se montre réticente à admettre que la règle coutumière de l' 'exhaustion' peut être mise à l'écart tacitement dans les traités bilatéraux d'investissement. Il n'en reste pas moins ouverte la question de savoir si une référence dans un tel traité à l'arbitrage du CIRDI ne vaut pas renonciation à la règle coutumière.

Ce qui va de soi, parfois vaut mieux d'être dit expressément. Si la Convention de 1965 s'en abstient, la Résolution le dit utilement à son article 9: des motifs déduits de la souveraineté de l'Etat ne peuvent plus être invoqués, l'Etat ayant non seulement ratifié la Convention mais souscrit à l'accord pour soumettre le différend au Centre, ou bien, en dehors de la Convention de 1965, à la clause arbitrale.

La force obligatoire d'une clause arbitrale a un autre aspect encore, à savoir si une telle clause reste intacte au cas où le contrat dont elle fait partie est déclaré nul, suspendu ou non avenu. Il s'agit de l'autonomie de la clause arbitrale. L'Institut prend soin de souligner que «la convention d'arbitrage est autonome par rapport à la relation juridique à laquelle elle se réfère» (V. article 3, lettre a).

97. Une fois passés les écueils de la phase préliminaire, on peut entrer dans le vif de la matière, à savoir la question de la loi applicable au fond.

L'article 42 de la Convention, et notamment le premier alinéa de cet article, mérite un examen. L'article nous rappelle les grands problèmes de notre sujet. Il s'agit du fondement juridique tant de l'arbitrage que des contrats qui en font l'objet.

Pour mieux s'orienter, il faut prendre en considération aussi l'article 44 d'où il ressort que le régime de l'arbitrage est autonome.³⁴ Les lois étatiques, ou autres, en matière de procédure arbitrale ont été mises à l'écart. L'arbitrage du CIRDI est un ensemble qui se suffit à lui-même.³⁵ Cela nous empêche de situer les arbitrages qui se déroulent dans le cadre du CIRDI dans le cadre juridique de l'un des Etats. Ces arbitrages ne sont donc pas ivoiriens, mexicains, français ou suisses. Ou faut-il estimer, dans l'orthodoxie la plus stricte du droit international - Cour permanente de justice internationale 1929, affaire des emprunts serbes -, que l'arbitrage qui ne relève pas du droit international public relève nécessairement du droit d'un Etat?

³⁴ Article 44. Toute procédure d'arbitrage est conduite conformément aux dispositions de la présente Section et, sauf accord contraire des parties, au Règlement d'arbitrage en vigueur à la date à laquelle elles ont consenti à l'arbitrage. Si une question de procédure non prévue par la présente Section ou le Règlement d'Arbitrage ou tout autre règlement adopté par les parties se pose, elle est tranchée par le Tribunal.

³⁵ Georges Delaume, *Journal du droit international* (Clunet) 1982, p. 809 e.s., idem, dans le recueil *Contemporary Problems in International Arbitration*, sous la rédaction de Julian D.M. Lew, Londres 1986, p. 23-40 (33-34); Andrea Giardina, ICSID: a Selfcontained, Non-national Review System, in *From International Arbitration towards Judicialisation and Uniformity? Twelfth Sokol Colloquium*, sous la rédaction de Richard B. Lillich et Charles N. Brouwer, New York 1993.

A moins qu'on ne se déclare partisan du courant de pensée selon lequel l'arbitre n'a pas besoin d'une loi pour exercer sa fonction, - le cadre contractuel préconstitué des parties lui suffirait -, il faut trouver une autre explication. (Ce courant de pensée ferait d'ailleurs perdre toute signification à la Convention de 1965 laquelle, justement, organise un régime arbitral.) Ce qui reste comme fondement possible, c'est soit le droit international - courant de pensée de M. Weil -, soit le droit de la communauté extra-étatique du commerce international évoqué par M. von Mehren.

La Convention de 1965 ne constitue pas elle-même un nouvel ordre juridique; elle ne peut, semble-t-il, que s'insérer dans un autre ordre juridique.

Le très grand nombre de ratifications peut faire penser que, désormais, la Convention est l'expression du droit international plutôt qu'un accord particulier d'un groupe d'Etats restreint. La codification du droit de la mer - qui est censé se trouver dans les grandes conventions récentes, UNCLOS - n'a pas plus d'adhérents!

L'examen du premier alinéa de l'article 42 nous fait remarquer que ses règles ne sont aucunement en conformité du droit international privé commun, codifié dans la Convention de Rome 1980 en celle de Mexico.³⁶

98. Cet alinéa distingue deux hypothèses: les parties ont précisé les règles de droit applicables au fond, ou elles ne l'ont pas fait.

D'abord, le verbe 'adoptées' («agreed by») contient déjà l'indice d'une dérogation. Cela est confirmé par les mots 'règles de droit' («rules of law») - qu'on retrouve dans le Nouveau Code de procédure civile français, à l'article 1496: 'L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il juge appropriées. On a évité de dire que les parties peuvent choisir la loi ou le droit d'un Etat, et ce à dessein. Ce que choisissent les parties à un contrat d'Etat est tout autre que la loi d'un Etat. On leur accorde une très grande liberté. Cela est confirmé par l'Institut de Droit international, tant dans sa résolution adoptée en 1979 à Athènes (article premier)

³⁶ Article 42. 1. Le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'Etat contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière.

2. Le Tribunal ne peut refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité du droit.

3. Les dispositions des alinéas précédents ne portent pas atteinte à la faculté pour le Tribunal, si les parties en sont d'accord, de statuer *ex aequo et bono*.

que par celle adoptée en 1989 à Saint-Jacques-de-Compostelle, article 5. Ces textes se plient à la pratique. Pas mal de formules rédigées par les parties ont été rendues publiques grâce aux sentences arbitrales publiées. A la limite, l'usage de cette liberté peut aboutir à une collection hétérogène de règles qui est peu compatible avec l'homogénéité et la cohérence indispensables du rapport unique entre les parties. Faut-il trouver ailleurs le principe de l'unité de l'ordre? Cela nous amène à la grande question sous-jacente.

Ce qui frappe à la lecture des deux phrases du premier alinéa de l'article 42, c'est que la référence aux principes de droit international en la matière ne se retrouve que dans la deuxième phrase. La question se pose donc de savoir si, en choisissant la loi de l'Etat qui est partie au contrat d'Etat, les parties sont censées exclure les principes de droit international, ou ce qui est plus important encore, si les parties sont en mesure de les exclure.

Voilà un point très sensible. Lors des négociations, les Etats plutôt pauvres et, de ce fait, intéressés à recevoir des investissements, se sont prévalus de leur souveraineté et se sont montrés très soupçonneux à l'égard de toute possibilité légale de mettre à l'écart des lois étatiques, et notamment sur la base de principes de droit international. L'incohérence du texte ne s'explique que par cette attitude ferme de quelques Etats.

Mais le fait même que la Convention CIRDI permet de faire appel à l'arbitrage du CIRDI est un indice de ce qu'il ne faut pas exclure a priori que l'équilibre du rapport contractuel ne soit perturbé par des mesures législatives de l'Etat partie au contrat.

Il faut à l'arbitre une base juridique solide pour trancher un tel point litigieux délicat. Aussi ne s'étonnera-t-on pas de lire dans la résolution de l'Institut adoptée en 1989, à l'article 2, que «En aucun cas un arbitre ne doit méconnaître les principes d'ordre public international sur lesquels un large consensus s'est formé dans la communauté internationale».

«L'ordre public» ne devrait pas être un mot fétiche. Un ordre public ne se conçoit que comme le noyau dur d'un vrai ordre juridique, ses principes de base, ses points d'honneur. Un ordre juridique n'est pas une construction seulement intellectuelle, aucunement. C'est l'ossature d'une communauté vivante. Ordre public, ordre juridique et communauté ne peuvent être isolés l'un de l'autre!

(V. la sentence du 9 juillet 1985 dans l'affaire Setenave-Settebello dans laquelle les arbitres ont écarté un décret de l'Etat concerné et qui était destiné à renverser le rapport contractuel existant, en supprimant un délai fatal convenu après de

longues négociations. Pour trancher ce point délicat et essentiel dans la procédure, les arbitres ont invoqué la contrariété de ce décret au droit international, aux doctrines de l'ordre public communes aux nations civilisées en général, celle du siège y compris, et aux notions de base de l'équité).

99. Dans la deuxième phrase du premier alinéa de l'article 42, ce point sensible n'est pas tranché pour autant. A la lire de près, on constatera que le droit de l'Etat contractant partie au différend n'a pas été subordonné aux principes de droit international. Les mots 'ainsi que' laissent la question ouverte.

100. Il y a lieu de faire remarquer que, dans cette deuxième phrase, le droit de l'Etat partie au contrat est déclaré applicable, mais ce dans une manière exorbitante du droit international privé commun. V. les mots «y compris les règles relatives aux conflits de lois». Tout en étant exorbitante, cette clause n'est pas inutile. Elle renforce la prévisibilité des décisions et peut rendre un service précieux à l'arbitre qui maintenant est dispensé pour une grande partie d'une motivation de ses décisions en matière de droit international privé.

Il paraît raisonnable de penser que cette même clause permet ou même oblige l'arbitre à appliquer les lois de police de l'Etat concerné, ne serait-ce que sous réserve de l'ordre public vraiment international. Une telle réserve ne se retrouve pas dans le texte de la Convention, il est vrai. Le principe de la soumission au contrôle du droit international a pourtant été affirmé dans la sentence *Latco-Libéria* du 31 mars 1986 (*Revue de l'arbitrage* 1994, p.192), mais ce tribunal s'est déclaré content de ne pas devoir constater une contrariété entre le droit du Libéria et le droit international public.

101. La sentence, une fois rendue, n'a pas besoin d'une approbation, ratification ou autre acte de reconnaissance par une autorité étatique ou autre. La sentence se suffit à elle-même.

Il n'en reste pas moins que son autorité de chose jugée, son caractère définitif et obligatoire appelle quelques observations.

D'abord - nous l'avons déjà signalé - l'autonomie de la procédure a trouvé une expression tout à fait remarquable en ce que tout contrôle de la part d'une autorité étatique est formellement exclu et interdit (V. l'article 54, premier alinéa: «Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obliga-

tions pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat».³⁷

Il faut le comparer à la Convention de 1958 signée à New York. Cette Convention connaît, à son article V, un nombre limité - il est vrai - de motifs importants pour refuser la reconnaissance et l'exécution. Rien de cela dans notre convention!

Les objections que pourrait soulever une sentence ne peuvent être soumises qu'à un Comité ad hoc, nommé selon l'article 52, deuxième alinéa. Il faut conclure que tant les autorités de l'Etat partie au contrat que celles d'autres Etats doivent s'abstenir. Elles ne peuvent que se résigner au résultat de la procédure prévue par la Convention et, par conséquent, se voient dispensées de décisions qui, le cas échéant, s'avèrent être délicates.

Un Comité ad hoc, comme prévu à l'article 52, a été constitué au moins deux fois (affaires Amco, Klöckner).

Si les objections soumises au Comité ad hoc lui paraissent bien fondées, il peut annuler la sentence en tout ou en partie. Il ne lui incombe pas la tâche de rendre une nouvelle sentence comme un tribunal d'appel. Au contraire, ce n'est qu'un nouveau tribunal arbitral qui peut être appelé à statuer de nouveau.

102. Le nombre augmentant - déjà considérable - de ratifications est un indice de ce que le CIRDI s'est bien implanté dans le monde des rapports économiques internationaux. Pendant longtemps, le succès du CIRDI était fort modeste. Il n'a eu un certain essor que depuis une quinzaine d'années, encore que le nombre d'arbitrages est resté limité. Cependant, on ne cesse de signaler que, dans un grand nombre de traités relatifs aux investissements internationaux, on trouve des références à la conciliation ainsi qu'à l'arbitrage dans le cadre du CIRDI. Il semble que, finalement, le CIRDI qui est l'un des composants du groupe de la Banque mondiale, est reconnu dans sa vocation de se placer au centre du développement du droit relatif aux contrats d'Etat, et ce en précisant progressivement la notion de contrat d'Etat

Ayant constaté ce rôle distingué réservé au CIRDI, on ne peut manquer de se concentrer sur un mécanisme mis au point dans le cadre Union Européenne - Etats ACP.

³⁷ US District Court for the Southern District Court of New York 12 décembre 1986 (Letco-Libéria), 26 *I.L.M.* 695 (1987)+ (695-701; Cass. Fr. 11 juin 1991, (SOABI-Sénégal), J. 1991 p. 1005 note E. Gaillard.

b. Le programme EU-ACP

103. La Décision no. 3/90 du Conseil des ministres ACP-CEE du 29 mars 1990³⁸ portait adoption de la réglementation générale, des cahiers généraux des charges et du règlement de procédure de conciliation et d'arbitrage relatifs aux marchés de travaux, de fournitures et de services financés par le Fonds européen de développement (FED). La décision était assortie de cinq annexes. L'annexe V en contient le règlement de procédure de conciliation et d'arbitrage.

Une telle décision des ministres ACP-CEE paraît devoir être considérée comme une étape dans la coopération entre les Etats concernés dans la mesure où cette coopération trouve son cadre légal dans les conventions successives de Lomé, lesquelles ont eu un précurseur dans la Convention de Yaoundé de 1966.

La Communauté européenne dont plusieurs Etats membres ont chacun des rapports de vieille date avec un ou plusieurs Etats ACP, a mis au point un plan commun de développement et de soutien dont il est superflu de souligner l'importance.

Du point de vue de notre sujet, la décision et les annexes appellent quelques observations.

104. A première vue, il est clair que le régime des contrats visés par la décision des ministres diffère de celui des contrats commerciaux internationaux ordinaires. On ne peut se dissimuler que la Convention CIRDI a servi de source d'inspiration.

D'abord, pour ce qui concerne la nature des contrats envisagés, tant la mission du FED que la description du maître d'ouvrage font soupçonner qu'il s'agit de contrats passés dans l'intérêt public. Qu'il s'agisse de contrats d'Etat ou non, le régime prévu pour de tels contrats est pour le moins extraordinaire. Il faut examiner tant l'Annexe I que l'Annexe V pour s'y initier.

Ce qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est l'article 2 de chacune des Annexes II, III et IV, où une distinction est faite entre les conditions générales, d'une part, lesquelles se trouvent dans cette même annexe concernée, et les conditions spéciales, d'autre part, lesquelles se trouvent dans chaque contrat individuel.

L'article 2 des Annexes II, III et IV dit à un premier alinéa que, sauf disposition différente dans les conditions spéciales, le contrat est régi par le droit de l'Etat

³⁸ *JOCE* 1990 L 382. Le Décret remplace les General Conditions for Public Works and Supply Contracts Financed by the European Development Fund, *JOCE* 1972 L 39, p. 3.

concerné, celui du maître d'ouvrage. Jusqu'ici rien de particulier, mais ensuite, à l'alinéa 2, on lit que le droit applicable au contrat ne s'applique que pour ce qui ne relève pas des conditions générales. On constate que le droit applicable ne joue qu'un rôle d'appoint parce qu'on doit soupçonner que les règles impératives du droit applicable doivent céder la priorité aux conditions générales. On ne peut que conclure, déjà sur la base de cet article 2, que le régime des contrats envisagés déroge au droit international privé commun. Muni de ces informations, on ne peut plus se méprendre sur le sens de l'article 14, premier alinéa, de l'Annexe V. Cet alinéa ajoute un nouvel élément en ce qu'il n'exclut pas l'autonomie des parties. Elles sont en droit de choisir le droit d'un autre Etat, davantage en conformité avec le droit international privé commun.

Cependant, la désignation de la loi applicable n'a pas pour seul objet les questions qu'il faut qualifier de contractuelles. Le tribunal arbitral doit appliquer les règles de conflit de la loi désignée, ce qui de nouveau déroge au droit international privé commun. Et ensuite, les règles de conflit ne s'appliquent que si la loi applicable est muette sur un point particulier. Cette restriction est bizarre. Les règles de conflit ne s'appliquent-elles pas dès qu'il y a un problème de conflits de lois?

105. Pour ce qui concerne les aspects procéduraux, il faut souligner que, malgré l'épuisement des voies de recours administratives internes prévues par l'Etat ACP, un différend peut de nouveau être soumis à l'arbitrage, ce qui est un indice de ce que le contrat n'est pas un contrat comme les autres.

Ensuite, évoquons la nomination des arbitres. Les articles 8 et 9 permettent en dernière instance la mobilisation de l'un des juges de la Cour internationale de justice!

Les règles de procédure prévues par l'Annexe V sont applicables, à l'exclusion des lois étatiques. V. les articles 1 et 14 (4). Cela nous invite à réfléchir sur l'ordre juridique de base sous l'autorité duquel l'arbitre devra statuer. Est-ce que c'est le droit de la Communauté ACP-CE? Ou plutôt le droit international général?

Pour ce qui concerne la force juridique de la sentence, c'est-à-dire sa reconnaissance et l'exécution, tout contrôle de régularité est exclu (V. les articles 33(3) et 34). L'Annexe ne prévoit ni appel ni comité ad hoc.

Conclusion

106. La conclusion peut être brève parce que ce qui précède ne fait qu'esquisser un problème qui ne peut plus être escamoté. Il s'agit du régime des contrats importants entre un Etat, ou un organisme étatique, d'une part, et une entreprise originaire d'un autre Etat, d'autre part.

Le droit positif nous montre des phénomènes qui font obstacle à ce qu'on traite ces contrats sur le même pied que d'autres contrats commerciaux internationaux relevant du droit international privé commun. La question qui se pose est de savoir si tant la sentence dans l'affaire Texaco/Calasiatic que la Convention de Washington de 1965 qui est à la base du CIRDI que la décision ACP-CEE dont s'agit aux paragraphes 103-105 ci-dessus ne nous encouragent pas à poursuivre les recherches dans une direction qui permettra de dégager un statut spécial des contrats d'Etat qui trouvent leur appui dans le droit international public comme leur ordre juridique de base.

La présente publication ne prétend aucunement être un aperçu complet, loin de là. Elle ne veut que stimuler le débat pour la rencontre Poitiers-Nimègue. Du reste, elle s'ajoute aux ouvrages beaucoup plus détaillés et à une myriade d'autres études.